أثر الشكلية العلنية غير المباشرة على نفاذ العقد

د. زينة قدرة لطيف
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
الدائرة القانونية والادارية
قسم الشؤون القانونية

د. عبد الله تركي عيال
جامعة واسط
كلية القانون

المقـــدمـــة

كما هو معلوم إن معظم التشريعات ومنها مشرعنا العراقي لطالما تصبو إلى تأمين استقرار المعاملات وحفظ الحقوق الناشئة عنها ومنع أنكارها أو محاولة الغش والتدليس والتحايل فيها، الأمر الذي يؤدي إلى ضياع هذه الحقوق والأموال فضلاً عن نشوء المنازعات لإثباتها، وبالتالي يتعذر الوصول إلى حفظ هذه الحقوق إلا بجعل التصرفات المثبتة لها تصرفات علنية بحيث لا يمكن إنكارها فيما بعد.

هذا وقد التفتت التشريعات القديمة إلى تلك الأهمية عن طريق المطالبة بتوثيق هذه التصرفات تحت شكلية معينة، فأوجبت ان تتم التصرفات والعقود بين الأفراد بشكليات وصور لا تنعقد إلا بمراعاتها، وذلك إظهاراً وأعلاناً لها على الناس لاطلاع على حقيقة مضمونها وعلى الآثار التي ستترتب عليها فأصبحت تلك الشكليات ركناً في العقود و التصرفات، وأن هذه الأخيرة ما كانت لترتب آثارها لولا استيفائها الشكلية المطلوبة.

وقد تطور الأمر فيما بعد إلى اشتراط الكتابة في أوراق أو سجلات رسمية خاصة بذلك، ولأهمية التصرفات والعقود الجارية على العقارات، أوجبت معظم التشريعات العقارية توثيق تلك التصرفات بعد رسم شكلية خاصة لإثباتها. وقد رتبت تلك التشريعات على عدم مراعاة هذه الشكلية أثراً تمثل في بطلان التصرفات الجارية

عليها، والواقع إن هذه الشكلية بحد ذاتها تعتبر خروجاً على مبدأ الرضائية، لذلك فأنه يظهر للوهلة الأولى تناقضاً في إن هذا الأمر هو ما سقطت فيه بعض التشريعات القديمة التي كانت تميل إلى كل ما هو محسوس ومادي، وتهرب من الأفكار المجردة وعدم الركون إليها، ولكن بعد تطور الفكر القانوني ثبت عكس ذلك، واعتبر الشكل قيداً على حرية الإرادة في التعبير عن نفسها مما يحول دون التعاقد المتسرع وغير المدروس.

ومن هذا المنطلق بدأت التشريعات الحديثة تميل إلى الاعتداد بالشكلية كشرط لصحة بعض العقود أو نفاذها، إلا أنه ليس هناك ثمة ما يحول دون اعتبار العقد رضائياً إذا اشترط القانون لإثباته شكلاً خاصاً يتم من خلاله التمييز بين وجود العقد وطريقة إثباته، فما دام يكفي لوجود العقد رضا المتعاقدين، فالعقد رضائي حتى لو اشترط القانون لإثباته كتابة، وعليه فلابد من التمييز بين الكتابة كركن للانعقاد، وتلك التي تكون لازمة للإثبات.

وقد انقسم الفقه في تحديد الآثار المترتبة على تخلف الشكلية في الكثير من التصرفات فعدّها البعض باطلة بطلاناً مطلقاً نتيجة لذلك، بينما ذهب آخرون إلى القول أن تخلف الشكل إنما يحد من فاعلية تلك العقود ونفاذها، مما نجَم عنه ظهور تقسيمات للشكلية على ذلك الأساس حيث اعتبرت الشكلية اللازمة لانعقاد التصرف فهي شكلية مباشرة.

إلا أن هناك شكلية اللازمة لنفاذ التصرف أو إثباته فقط إلا وهي الشكلية مدار البحث (الشكلية غير المباشرة) وتتمثل هذه الأخيرة في مختلف الإجراءات التي يفرضها القانون قبل أو بعد إبرام العقد لتحقيق أغراض مختلفة، وقد سميت هذه الإجراءات عند البعض بهذه التسمية وذلك نظراً لعدم اتصالها المباشر بالتصرف القانوني، بحيث لا تؤثر على صحته وإنما قد تعمل على الحد من فاعليته ونفاذه من خلال عدم إنتاج التصرف القانوني لكافة أثاره أو إلى صعوبة إثباته حسب الهدف المنشود تحقيقهُ. وفي هذا الصدد يمكننا القول بأن المراد بالشكلية العلنية شكلية الشهر عموما، وهنا يقول

جاك غستان: ((إنه ليس لأشكال العلنية جميعها الموضوع نفسه، فبعضها إعلامي لا يفترض صحة العقد ولا حجيته، وبعضها الآخر منشئ يتوقف وجود العقد على اتمامها، وهناك نوع أخر يوصف بالتعزيزي وهو لا يتعلق بالحجية))[١].

وعليه تعد الشكلية العلنية في كثير من الأحيان شكلية غير مباشرة يستلزمها المشرع لنفاذ العقود أو لإنتاج أثارها على نحو معين وهذا ما سنتولى إيضاحه في مبحثين تفرد أولهما للكلام في ماهية الشكلية أما الثاني فنعرج من خلاله على الأثار التي تترتب على قيام الشكلية العلنية غير المباشرة على نفاذ العقد.

المبحث الأول

ماهية الشكلية

إن الوقوف على تحديد مضمون الشكلية كان مثار جدل كبير بين شراح القانون فمنهم من ذهب إلى القول بتوسيع هذا المضمون بحيث يشمل إلى جانب الأشكال التي يفرضها المشرع لصحة العقد تلك الإجراءات التي تكون لازمة لنفاذ العقد وإثباته، والإجراءات المقررة لحماية ناقص الأهلية. ومنهم من ذهب إلى القول بتضييق هذا المضمون وجعله قاصراً على الأشكال التي تفرض لصحة العقد[٢].

وقد نجم عن هذا الخلاف تباين في تحديد الدور الذي يمكن ان يمارسه الشكل في العقد، الأمر الذي ترتب عليه اختلاف في تحديد ما يعد من الشكل وما لا يعد.

---

(١) راجع في تفصيل ذلك: جاك غستان، المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد وأثاره، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بدون مكان طبع، بدون سنة نشر، ص٥٥٤.

(٢) د. جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٥٦، ص١٢٦؛ د. وسن قاسم غني، الشكلية الاتفاقية في العقود، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، م٣، ع١، ٢٠١١، ص١٠؛ د. حسين عبد القادر معروف، فكرة الشكلية وتطبيقاتها في العقود، رسالة دتكوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٤، ص٦؛ د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط١، ٢٠٠٢، ص١٩٣.

هذا وقد كان للشكل في إطار القانون الروماني مفهوم واضح ومحدد تمثل فيما فرض هذا القانون من صيغ وإجراءات وطقوس، ولكن مفهومه لم يعد على هذه الدرجة من الوضوح والتحديد لدى فقهاء القانون في ظل سيادة مبدأ سلطان الإرادة في القوانين الحديثة، فالآراء تعددت وتشعبت في تحديده سواء من حيث طبيعته أو من حيث الصور التي يشتمل عليها، وهو ما أدى بالتالي إلى اختلاف في تحديد الدور الذي يمكن أن يضطلع به الشكل في العقد بين منكر لأي دور في العقد وبين مثبت لهذا الدور ووصفه بالجوهري، فالشكلية في الحقيقة وسيلة لإفراغ العقد في شكل معين يستلزمه القانون فهي ركن في التصرف القانوني أي ثبوت الإرادة بمقتضى القانون ومن دون الشكل يعد التصرف باطل في العقود الشكلية، وهي خروج مباشر لمبدأ الوصائية وتتطلب شكل معين كشروط أساسية لقيام العقد الشكلي.

وفي ضوء ما تقدم من مسائل سنتولى بحث هذا الموضوع في مطلبين نفرد أولهما لعرض مفهوم الشكلية بوجه عام، ونعرج في الثاني على مفهوم الشكلية العلنية غير المباشرة كصورة من صور الشكلية في التصرف القانوني.

المطلب الأول

مفهوم الشكلية بوجه عام

سنسلط الضوء في هذا المحور من البحث على المراد بالشكلية لغة واصطلاحاً كما نتعرض إلى أهميتها القانونية في العقود.

الشكل في اللغة من شكل الشيء: صورهُ، وهو صورة الشيء المحسوسة أو المتوهمة والجمع أشكال[١]، كما عرف بأنه هيئة الشيء وصورته ويقال مسائل شكلية يهتم فيها بالشكل دون الجوهر[٢].

(١) جمال الدين محمد بن مكرم الانصاري المعروف بان منظور، لسان العرب، المؤسسة المصرية العامة للتأليف والأنباء والنشر، الدار المصرية للتأليف والترجمة، حرف الشين، مادة (شكل)؛ لويس معلوف، المنجد في اللغة والإعلام، ط١٧، المطبعة الكاثوليكية، بيروت، ١٩٧٣، ص٣٩٨.

(٢) مجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز، مادة (شكل)، مطابع الهيئة لشؤون المطابع الأميرية.

أما في الاصطلاح: فهو عبارة عن أسلوب محدد للتعبير عن الإرادة يفرض صورة إلزامية من قبل المشرع، ويكون عنصراً أساسياً في إنشاء العقد(١)، فالشكل هو ذلك الأسلوب المحدد الذي يتعين أن يكون الرداء الذي تظهر به الإرادة عند التعبير عن نفسها(٢).

ولكن يلاحظ على هذا التعريف إن الإرادة لا تعبر عن نفسها، بل إن صاحب الإرادة هو الذي يعبر عنها بالشكل الذي أوجبه القانون حتى تنتج الإرادة أثرها، فالقانون لا يرتب الأثر الذي سعى إلى تحقيقه صاحب الإرادة ما لم يعبر عن إرادته بالشكل الذي فرضه القانون.

ولعل أبرز ما يختص به الشكل القانوني هو صفة الإلزام إذ إن المشرع يفرضه فرضاً، وأن هذا بالذات هو ما يجعل منه عنصراً جوهرياً في العقد يترتب على تخلفه بطلان ذلك العقد(٣).

ويبدو مما ذكر، بأن الشكل يتصل بالتعبير عن الإرادة، لا بالإرادة ذاتها، وذلك أن الأخيرة تعد أمراً باطناً من كوامن النفس لا يمكن التعرف إليها إلا بأظهارها إلى الوجود المادي بتعبير ما يصدر عن الشخص للدلالة عليها(٤) وإذا كان الأمر كذلك،

---

(١) د. جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني، مرجع سابق، ص٣١٠؛ د. محمد جمال عطية، الشكلية القانونية، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، ١٩٩٣، ص٨؛ د. عبد الرشيد عبد الحافظ، التصرف القانوني الشكلي في الفقه الإسلامي والقانون، النسر الذهبي للطباعة والنشر، القاهرة، ٢٠٠٠، ص٢٧.

(٢) د. حسين عبد القادر معروف، الرسالة السابق، ص٢.

(٣) د. حسين عبد القادر معروف، الرسالة السابقة، ص٢؛ نذير بن عموّ، العقود الخاصة – البيع والمعاوضة، مركز النشر الجامعي، تونس، ط١، ٢٠٠٨، ص٨ .

(٤) د. وليم سليمان قلادة، التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري، المطبعة التجارية، القاهرة، ط١، ١٩٥٥، ص٨؛ د. عبد المجيد الحكيم، الوجيز في شرح القانون المدني العراقي، ج١، مصادر الالتزام، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٣، ص٥٤؛ د. عزيز كاظم جبر الخفاجي، الشكلية في التصرفات القانونية، مجموعة محاضرات غير مطبوعة القيت على طلبة=

فإن إظهارها إلى العالم الخارجي بشكل مادي محسوس، هو ما يجعل بالإمكان فهمها والتوصل إلى مدى جديتها في الانصراف إلى إحداث أثر قانوني معين، وما عدا ذلك، فأن هذه الإرادة تبقى عديمة الأثر ما دامت حقيقة نفسية باطنة(١).

ومع ذلك فأننا لا نزال نلمس قدراً من البس والغموض يحوط مفهوم التصرف الشكلي في القانون الحديث، وسندنا في ذلك هو الاختلافات الواضحة في وجهات النظر التي تثار في الفقه القانوني حول المسائل المتصلة بالتصرفات الشكلية. وهذه الشكلية بوجه عام وعلى الرغم من النظرة السلبية للشكل في التصرفات القانونية واعتبارها مجرد ضرب من ضروب الماضي، وأن التطور يتجه بالضرورة إلى التحرر من رقته(٢)، إلا أن هناك اتجاه آخر يرى ضرورة إضفاء أهمية على نطاق أعمال الشكل في نظام قانوني معين، واعتبار ذلك من العلامات الفارقة بين نظام قانوني معين وغيره من النظم القانونية الأخرى(٣).

ولعل هذا الحكم المسبق على الشكلية قد يعزى إلى صورتها التي سادت بعض الأنظمة القانونية القديمة ولاسيما القانون الروماني.

هذا وقد احتدم الجدل بين فقهاء القانون حول تحديد مفهوم دقيق للشكل وحول طبيعته وما إذا كان أمراً يتعلق بالتعبير عن الإرادة أم أنه وصف يلحق التصرف

=مرحلة الماجستير في جامعة بابل للعام الدراسي ٢٠٠١-٢٠٠٢، ص٣؛ د. علي عبد العالي خشان الأسدي، النظام القانوني للشكل في قانون المرور، بحث منشور في مجلة جامعة بابل – العلوم السياسية، مج١٤، ع٢، ٢٠٠٧، ص٢٠٨.

(١) د. وسن قاسم غني، الشكلية الاتفاقية في العقود، البحث السابق، ص٩؛ د. عبد الرشيد عبد الحافظ، مرجع سابق، ص٢٨؛ علي عبد العالي خشان الأسدي، موضوع الإشارة السابقة.

(٢) د. حسين عبد القادر معروف، الرسالة السابقة، ص٧؛ علي عبد العالي خشان الأسدي، البحث السابق، ص٢٠٦.

(٣) د. وليم سليمان قلادة، مرجع سابق، ص٨؛ د. عبد المجيد الحكيم، مرجع سابق، ص٥٤؛ د. حسين عبد القادر معروف، الرسالة السابقة، ص٨، ٩.

القانوني باعتباره إجراء منفصلاً عن التراضي وصولا إلى القول بنشوء التراضي بوسائل غير شكلية على الرغم من استلزام شكل معين للعقد(١).

وهنا يتبادر غلى الذهن تساؤل هو هل إن كل تعبير بهذا المعنى بهذا المعنى يعد شكلاً بالمفهوم المطلوب الاستيضاح عنه، أم أنه يتطلب أن يكون في صورة خاصة لهذا التعبير وليس التعبير ذاته؟

والحقيقة إن هذا الأمر كان مثار خلاف فقهي كبير تمخض عنه اتجاهان في الفقه المعاصر :

أحدهما يرى بأنه لا يمكن تصور وجود شكلية إلا إذا كان هنالك شكل محدد يجب التقيد به، وأن التصرف لا يعتبر شكلياً إلا إذا تم التعبير عنه بشكلية مفروضة(٢)، وهذا هو الاتجاه الذي يضيق من تلك الشكلية بحيث يقصر التصرف الشكلي على الإرادة التي تتخذ وضعاً خارجياً معيناً، ومن مؤيدي هذا الاتجاه الفقيه ايرنغ والذي يرى (أن الشكلية تقتضي أن يكون هناك تنظيم وضعي يفرض شكلاً معيناً على التعبير عن الإرادة ليس لصاحبه اختيار سواه) (٣).

في حين ظهر اتجاه آخر يذهب أنصاره إلى القول بالتوسع في مفهوم الشكلية حيث يرى أن التعبير عن الإرادة بحد ذاته هو شكلاً بالمعنى القانوني(٤)، وحجتهم في ذلك إن الإرادة شيء خفي لا يمكن تلمسها إلا بأظهارها إلى الوجود المادي، وهذا الإظهار لا يتم إلا بالتعبير عنها، وهذا التعبير ما هو إلا شكلاً للتصرف القانوني.

---

(١) د. حسين عبد القادر، معروف، الموضع الإشارة السابقة؛ علي عبد العالي الأسدي، الموضع الإشارة السابقة.

(٢) د. جميل الشرقاوي، مرجع سابق، ص١٢٦؛ د. وسن قاسم غني، البحث السابق، ص١٠؛ علي عبد العالي الأسدي، البحث السابق، ص٢٠٧.

(٣) نقلاً عن د. محمد وحيد الدين سوار، الشكل في الفقه الإسلامي، منشورات معهد الإدارة العامة بالرياض، السعودية، ١٩٨٥، ص٣.

مشار إليه لدى د. وسن قاسم غني، موضع الإشارة السابقة.

(٤) د. وسن قاسم غني، البحث السابق، ص١٠؛ د. محمد جمال عطية، الرسالة السابقة، ص٢٠١.

والحقيقة أن مثل هذا الشكل محل نقد ولا يمكن التسليم به بصورة قطعية، لأنه سيفضي إلى القول بأن جميع التصرفات القانونية شكلية ما دام التعبير عن الإرادة فيها محتوماً بشكلية معينة تظهرها إلى الوجود المادي.

وبطبيعة الحال، إذا كان الشكل الاتفاقي لا يعني سوى اتفاق الأفراد على ضرورة إتيان تصرفهم في شكل محدد يتفقون عليه ابتداءً[١]، فإنه وفقاً للاتجاه الأخير لا يكون إلا شكلاً بالمعنى القانوني.

أما وفقاً للاتجاه الأول – والذي يرى بأن الشكل بمعناه القانوني لا يكون إلا مفروضاً من قبل المشرع – فإن الشكل الذي يرد باتفاق الطرفين لا يمكن عده شكلاً قانونياً لأن الشكل القانوني إنما يتحدد بإرادة المشرع وليس بإرادة المشرع وليس بإرادة الأفراد[٢].

ومما يجدر ذكره في هذا المقام، إن الشكية التي هي مدار بحثنا هذا هي الشكلية التي يتطلبها المشرع لانعقاد التصرف القانوني، وليست الشكلية التي قد يتطلبها المشرع لإثبات هذا التصرف بعد انعقاده، وإذا كان الأصل في انعقاد العقد هو كفاية التراضي، إلا أن القانون قد يستثنى من هذه القاعدة حالات يتطلب فيها التعبير عن التراضي مراعاة أوضاع معينة لانعقاد العقد. وهذه هي الشكلية في القانون الحديث، وهي تختلف عن الشكلية في القوانين القديمة، حيث كانت هذه الأخيرة مجرد شكلية فنية.

أما في القانون الحديث، فالقاعدة هي حرية التعبير عن الإرادة بشتى الصورة، بل وفوق ذلك إن التعبير عن الإرادة قد يتخذ مسلكاً سلبياً، بشرط أن تكون هناك ثمة

(١) د. وسن قاسم غني، البحث السابق، ص١٠؛ علي عبد العالي الأسدي، البحث السابق، ص٢٠٧؛ د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، م١، ج١، مصادر الالتزام، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٨، ص٤٣٨.

(٢) د. جميل الشرقاوي، مرجع سابق، ص١٢٦؛ د. حسين عبد القادر معروف، الرسالة السابقة، ص١٠.

ظروف خاصة تجعله صالحاً؛ لأن يؤدي دوراً إيجابياً واضحاً (السكوت الملابس) [١]، غير أن هذه الحرية في التعبير عن الإرادة قد تتعارض في أحوال معينة مع ضرورة حماية مصلحة اجتماعية راجحة، وهذه المصلحة قد تتمثل في الرغبة في حماية الشخص نفسه من الجنوح إلى القيام بأعمال تضره من الناحية الاقتصادية[٢].

فلو أمعنا النظر في مبدأ الرضائية في العقود نجد إن هذا المبدأ يجسد خطراً على المتعاقدين أو أحدهما فهي تزيد من تسرعه في إبرام العقد قبل ان تقدر الامور حق قدرها، وقد تؤدي إلى إغفال مسائل هامة في العقد ذاته، كما تساعد في تضليل المتعاقد فضلاً عن نشوب النزاعات حول مضمون العقد، وأحياناً حتى بالنسبة لوجوده، وفي هذا يقول (هرينج) الشكلية: هي الأخت التوأم للعدالة[٣].

هذا ولا نغفل أن للشكلية دور لا يستهان به في حماية المصالح العامة فهي تعمل على تمكين الدولة من مراقبة أنواع معينة من التصرفات كما أن الشكلية تحقق إيرادات للخزينة العامة عن طريق الضرائب التي تلحق بنقل الثروات وعمليات التسجيل كما تستدعي التجارة الداخلية والخارجية، كذلك بعض الضمانات بخصوص الوفاء بالدين. لقد كانت هذه الانشغالات الجديدة وراء تراجع الرضائية وظهور صور جديدة ومختلفة للشكلية[٤].

ومن هذا المنطلق كانت الشكلية الحديثة شكلية حمائية تقررت لحماية مصلحة

---

(١) راجع في تفصيل ذلك: د. أنور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٠، ص١٥؛ وأنظر كذلك: د. وسن قاسم غني، البحث السابق، ص١٠؛ علي عبد العالي الأسدي، البحث السابق، ص٢٠٧.

(٢) د. عبد الحي حجازي، مرجع سابق، ص٤٣٨؛ علي عبد العالي الأسدي، البحث السابق، ص٢٠٧.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج١، م١، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩، ف٤٧، ص١٦٣ وما بعدها.

(٤) د. وليم قلادة، التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري، مرجع سابق، ص٨٣؛ د. محمد جمال عطية، الشكلية القانونية، الرسالة السابقة، ص٢٠١.

اجتماعية راجحة[١].

وإذا كان الأصل هو رضائية العقود فالاستثناء استلزم القانون شكلاً معيناً لانعقاد العقد، يترتب على ذلك أن الشكلية لا تكون إلا في الحالات التي ينص فيها القانون صراحة على أن الشكل الذي يستلزمه هو شكل ضروري لانعقاد العقد. وعند ذلك يجب أن يفسر الشكل على انه لازم لإثبات العقد لا لانعقاده[٢].

وإذا ما اتفق المتعاقدان على ان يتم عقدهما في شكل معين كالكتابة مثلاً وجب عند الشك أن يفسر هذا الاتفاق على أنه تحفظ من جانبهما لأعداد دليل لإثبات العقد، وأنهما لم يقصدا ارجاء انعقاد العقد إلى تمام ذلك الشكل[٣].

المطلب الثاني

مفهوم الشكلية العلنية غير المباشرة

وتتمثل هذه الصورة من الشكلية في مختلف الإجراءات التي يفرضها القانون قبل إبرام العقد[٤]، أو بعد إبرامه، بغية تحقيق أغراض مختلفة، وقد سميت بالشكلية غير المباشرة؛ لأنها لا تتصل مباشرة بالتصرف القانوني فهي لا تؤثر مبدئياً على صحته ولكنها تحد أحياناً من فاعليته ونفاذه، وهي بهذا تختلف عن الشكلية المباشرة التي تكون

(١) د. عبد الحي حجازي، مرجع سابق، ص٤٣٧.

(٢) د. وسن قاسم غني، البحث السابق، ص١٠؛ علي عبد العالي الأسدي، البحث السابق، ص٢٠٧.

(٣) د. عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزامات، ج١، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٦٨، ص٩٨؛ علي عبد العالي الأسدي، موضع الإشارة السابقة.

(٤) أنظر في ذلك المادة (٣٥) من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ التي تعرف التحرير التمهيدي بأنه: ((تثبت وتحديد مواقع وأوصاف العقارات الواقعة ضمن منطقة أعمال دائرة تسجيل عقاري وكذلك تأشير الحقوق المتعلقة بها بصورة مبدئية)).

وراجع بذلك بالتفصيل د. عبد المجيد الحكيم، دراسة في قانون التسجيل العقاري العراقي مع المقارنة بقوانين البلاد العربية التي تتبع نظام السجل العقاري، ج١، في السجل العقاري، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، بدون دار نشر، ١٩٧٣، ص٨٥-٩٠.

ركناً في العقد لا بد منه لقيام التصرف وبالتالي يشترط في العقود الواردة على التصرفات العقارية إضافة ركن ثالث عدا ركني (الإيجاب والقبول) يتمثل بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري (الشكلية)، ويلزم لذلك أن يجري إقرار المتعاقدين بالتصرف حصراً في دائرة التسجيل العقاري المختصة أمام رئيس الدائرة أو من يخوله من المعاونين (م١٠٨/ ١ و ٣).

وتدعى هذه الشكلية بالمباشرة؛ لأنها تتصل مباشرة بتكوين التصرف القانوني، حيث يترتب على انعدامها انعدام التصرف(١).

هذا وتتعلق هذه الإجراءات من الشكلية غير المباشرة بمسائل مختلفة منها قواعد الإثبات والتجريد.

الفرع الأول: قواعد الإثبات

لقد نظم الشرع طرق الإثبات بوضعه قواعد تلزم المتخاصمين بعكس الوقائع القانونية التي يمكن إثباتها بكل الوسائل حيث إن إثبات التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها على مبلغ معين يكون بمحرر عرفي أو رسمي(٢).

وقد نصت على ذلك المادة ٧٧ ثانيا من قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ (المعدل بالقانون رقم ٤٦ لسنة ٢٠٠٠) بقولها: ((إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على ٥٠٠٠ خمسة آلاف دينار أو كان غير محدد القيمة، فلا يجوز إثبات هذا التصرف أو انقضائه بالشهادة ما لم يوجد اتفاق أو قانون ينص على خلاف ذلك)).

(١) د. مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١، ج١، مطبعة الإرشاد، بغداد، ١٩٧٣، ص٤٣؛ د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، جمهورية مصر، ١٩٧٣، ص١٦٦.

(٢) د. حسين عبد القادر معروف، الرسالة السابقة، ص٧٦، ٧٧؛ د. عصمت عبد المجيد، شرح قانون الإثبات، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٩، ص٨٠.

كما نصت المادة (٣٣٣) من القانون المدني الجزائري الصادر بالأمر (٧٥/)٥٨ لسنة ١٩٧٥ المعدل بأنه: ((في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على ١٠٠٠ دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز البينة في إثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك...)).

ونستشف من هذه النصوص أن للشكل تأثير غير مباشرة على العقد، ويظهر ذلك في صعوبة إثبات ما يخالف القرينة التي تفترض بوجود الشكل مستوفياً لشرائطه القانونية، فوجود الشكل يعد دليلاً على وجود العقد وصحته، ومن ثم على وجود إرادة مستوفية لشرائطها القانونية، فالأصل ان تتوافر الإرادة السليمة الخالية من العيوب لدى من يعبر عن إرادته، وعلى الرغم من أن هذه القرينة بسيطة، فإن إثبات عكسها ليس بالأمر الهين[١]، وذلك لأن المشرع عندما يفرض شكلاً للتعبير فإنه يبغي من ذلك ضمان وجود الإرادة وضمان سلامتها من العيوب، ومن هنا يكون من الطبيعي في حالة استكمال الشكل أن يفترض تحقق هدف المشرع[٢].

وإذا استلزم المشرع الشكل الرسمي لإنشاء العقد كان تأثير ذلك الشكل كبيراً ومن العسير إن لم يكن من المستحيل إثبات عكس ما يفترض في حالة وجود الشكل؛ وذلك لأن الشكل الرسمي إنما يعد من المحررات الرسمية التي لا يجوز الطعن فيها إلا بالتزوير[٣].

---

(١) د. حسين عبد القادر معروف، الرسالة السابقة، ص٦٦؛ وأنظر بهذا المعنى د. ياسر كامل الصيرفي، التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني المعاصر، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٢، ص١٧١.

(٢) د. حسين عبد القادر معروف، الرسالة السابقة، ص٦٧ .

(٣) أنظر المادة ١/٢٢ من قانون الإثبات العراقي التي تنص على أنه: ((السندات الرسمية حجة على الناس بما دوّن فيها من أمور قام بها موظف عام وشخص مكلف بخدمة عامة في حدود اختصاصه أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره مالم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانوناً))، المقابلة للمادة ١٠ – من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية رقم –٢٥– لسنة ١٩٦٨ المصري التي تنص على أن: ((المحررات الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص=

وعليه نجد المتعاقد كثيراً ما يحتاط لنفسه من سوء نية المتعاقد معه بمحرر مكتوب يجسد العقد، وفي هذا المقام يجدر التمييز بين شكلية الصحة وشكلية الإثبات، فبعض الفقهاء يذهب إلى القول بأن الفرق بين هاتين الشكليتين هو فرق مصطنع لأن العقد الذي لا يمكن إثباته يبقى دون فاعلية ولا أثر له، وإذ كان لا بد من الكتابة لإثبات العقود فالغاية من ذلك هو لفت انتباه المتعاقدين إلى خطورة العقد وتوخي الدقة والحيطة في تحديد . أما بالنسبة للغير فلا وجود للعقد ولا للالتزامات ما لم يتم الإمضاء.

غير أن معظم الفقهاء يميزون بين شكلية الصحة وشكلية الإثبات، فإغفال الشكلية الأولى يمنع قيام العقد، حيث يكون منعدم الوجود ولا يرتب أي أثر، ولا يجوز لأي كان أن يتمسك به، أما إغفال شكلية الإثبات، فتجعل المتعاقد في وضع عسير وصعب بخصوص إثبات وجود العقد، ولكن هذا لا يعني استحالة الإثبات، فإلى جانب الإقرار يمكن الأخذ بالقرائن وباليمين، كما يجوز لغير المتعاقدين إثبات العقد بكل وسائل الإثبات[١].

الفرع الثاني: التجريد

إن الكلام في الشكلية مدار البحث يقتضينا التعرض إلى التصرف المجرد الذي تتجرد فيه الإرادة الظاهرة من العيوب التي تشوب الإرادة الباطنة، كما تتجرد من السبب

=مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه. فإذا لم تكسب هذه المحررات صفة رسمية فلا يكون لها إلا قيمة المحررات العرفية متى كان ذوي الشأن قد وقعوها بإمضاءاتهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم)).

(١) أنظر بهذا المعنى: د. حسين عبد القادر معروف، الرسالة السابقة، ص٦٧-٦٩؛ د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٦، ص٣٨١، ٣٨٢؛ د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، أثار الالتزام، ج٢، ص١٤٦-١٥٢.

الذي ينسب إليه تحرك هذه الإرادة[١].

فما لا شك فيه إن للشكل تأثير على العقد، وهذا التأثير وأن كان غير مباشر، يجعل من المستحيل في بعض الأحيان إثبات ما يخالف التعبير، الأمر الذي يؤدي عملاً إلى تجريد التصرف الشكلي، وهنا نتسأل عما إذا كان هنالك ثمة تقابل أو تطابق بين التصرف الشكلي والتصرف المجرد؟

يذهب جانب من الشراح إلى القول بتطابق فكرتي التصرف الشكلي والتصرف المجرد على أساس إن هذا الأخير يكون على الدوام شكلياً وأن التصرف الشكلي يكون على الدوام مجرداً، حيث أن التصرف الشكلي يسري على جميع العناصر التي يعتمد عليها القاضي في تكوين رأيه ولا يتجاوز ذلك إلى البحث فيما وراء الشكل من إرادة وسببها، وأن تجريد التصرف يعني أن هذا التصرف يقع صحيحاً بغض النظر عن سببه فهو يستند إلى الإرادة وحدها في تبرير الالتزام، فيكون لزاماً أن تظهر هذه في شكل واضح ومحدد يدل بصورة قاطعة على شروط الالتزام وأثاره[٢].

---

(١) أنظر د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج١، م١، ف٢٨٥، ص٥٠٥؛ حيث يقول ((فالأخذ بالإرادة الباطنة معناه أن تحرر الإرادة من عيوبها وأن تقترن بسببها. ولكن الأخذ بالإرادة الظاهرة يجعل من اليسير أن تباعد ما بينها وبين الإرادة الباطنة، فتجرد الإرادة من عيوب الإرادة الباطنة كما تتجرد من السبب الذي حرك هذه الإرادة، ولا يبقى في مجال التعامل إلا هذه الإرادة الظاهرة المجردة، وهذا ما يسمى بالتصرف المجرد)).

بينما يذهب البعض إلى القول: ((بأن التصرف المجرد هو ذلك التصرف الذي يصح بغض النظر عما يقع من اختلاف بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة وأن معياره لا يتمثل في التجرد عن السبب وإنما يتمثل في التجرد عن الإرادة الباطنة ليخلص إرادة ظاهرة)).

(٢) راجع في ذلك: د. حسين عبد القادر معروف، الرسالة السابقة، ص٧١؛ ويقترب من هذا المعنى د. السنهوري حيث يقول: ((فمنذ أن انتكصت الشكلية في العقود وساد مذهب الرضائية انتصر عامل الإرادة على عامل الاستقرار ولم يستطع عامل الاستقرار أن يسترد ما فقد إلا بظهور التصرف المجرد، ففيه ينتصر على الإرادة كما رأينا.

ومن هنا كان تطور العقد من تصرف شكلي إلى تصرف رضائي ثم من تصرف رضائي إلى تصرف مجرد، تطوراً تعاقب فيه عامل الاستقرار والإرادة على مراحل متتابعة، كان الظفر في=

وفي الاتجاه ذاته نرى من ذهب من الشراح إلى القول بوجود الشكلية في التشريعات الحديثة في نوعين من التصرفات يتعين الاحتياط والحذر من الخلط بينهما وهما التصرف الشكلي والتصرف المجرد، ففي الأول يكون الشكل ضرورياً لصحة التصرف ولكنه غير كاف مثل الهبة إذا لم تستوف الشكل المطلوب قانوناً تكون باطلة ولو توفرت الشروط الأخرى، كما أ، تحقق الشكل لا يكون مانعاً من طلب البطلان لأي سبب آخر مثل عدم الأهلية أو أي عيب من عيوب الرضا أو لعدم وجود السبب أو عدم صحته أو عدم مشروعيته.

أما في الثاني فإنه يتميز بكفاية الشكلية، فالتصرف يكون صحيحاً إذا تم في الشكل المطلوب، حيث يكون الشكل ضرورياً وكافياً.

إلا أن هذا الرأي محل نقد لدى جانب من الفقه، وحجتهم في ذلك أن كلاً من فكرتي التصرف المجرد والتصرف الشكلي تستقل عن الفكرة الأخرى، فالتصرف المجرد ينبني أساساً على الأخذ بالإرادة الظاهرة، حيث تتجرد هذه الإرادة، من عيوب الإرادة الباطنية كما تتجرد من السبب الذي حرك هذه الإرادة، ومعنى ذلك أن التصرف يعتمد أساساً على التعبير وحده، بينما الشكل عبارة عن صورة خاصة للتعبير عن الإرادة، أو هو أسلوب محدد يفرضه المشرع على المتعاقد للتعبير عن إرادته، فالعقد لا ينشأ ولا يترتب عليه أي أثر ما لم يستوف الشكل المحدد، والشكل بمعناه الحديث لا يسلب الإرادة دورها في العقد ومن ثم لا يحول دون البحث عن الإرادة الحقيقية للمتصرف[١].

=كل مرحلة منهما لأحد العاملين على الآخر.. ومن هنا أيضاً كان التصرف المجرد رجوعاً مهذباً إلى التصرف الشكلي، كلاهما يستجيب لعامل الاستقرار، ولكن التصرف الشكلي يستجيب إليه في جمعية بدائية، ويستجيب إليه التصرف المجرد في جمعية متحضرة)).

أنظر د. السنهوري، الوسيط، ج١، ف٢٨٥، ص٥٠٥، ٥٠٦.

(١) د. ياسر كامل الصيرفي، التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني المعاصر، الرسالة السابقة، ص١٧٨.

وتأسيساً على ذلك نجد إن هناك فارق جوهري بين الفكرتين يحول دون القول بالتطابق بينهما، فليس هناك من مجال في التصرف المجرد للبحث عن الإرادة الباطنة، وهو لهذا لا يجوز الطعن فيه لأسباب تتعلق بالإرادة كالعيوب التي تشوبها، وبالعكس من ذلك نجد أن الشكلية الحديثة تقوم على أساس مقتضاه أن للتصرف الشكلي عنصرين، هما الإرادة والشكل، وإن كلاً منهما مستقل عن الآخر ولا يغني عنه، ومن هنا أمكن في هذا التصرف، مع وجود صعوبة في الإثبات، البحث عن الإرادة الحقيقة، كما أمكن الطعن فيه بعيب من عيوب الإرادة أو انعدام السبب(١).

لكن لئن أدى الشكل، من الناحية العملية إلى تجريد التصرف الشكلي بسبب ما ينشئ من قرينة يصعب إثبات خلافها فإن ذلك لا يمس ما بين الفكرتين من فارق جوهري(٢).

ودلالة ذلك أن المشرع قد يجرد بعض التصرفات القانونية دون أن يفرض لها شكلاً معيناً كما هو الشأن في الإنابة(٣) والكفالة(٤). ولا ينفي هذا الاختلاف بين الشكلية والتجريد من وجود ثمة صلة وثيقة بينهما، على اعتبار إن الإرادة إذا لم تعد مؤيدة بالسبب، تعين أن تكون مؤيدة بالشكلية(٥)، فمن وظائف الشكلية الحديثة تنبيه المتعاقد

---

(١) د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، مرجع سابق، ف٢٦٧، ص٤٠٨.

(٢) د. ياسر كامل الصيرفي، الرسالة السابقة، ص١٧٨.

(٣) أنظر المادة (٤٠٧) مدني عراقي التي تنص على أنه: ((يكون التزام المناب صحيحاً حتى لو كان ملتزماً قبل المنيب وكان التزامه هذا باطلاً أو خاضعاً لدفع من الدفوع. ولا يبقى للمناب إلا حق الرجوع على المنيب كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضي بغيره)).
وتقابلها المادة (٣٦١) مدني مصري التي جاء فيها ((يكون الالتزام المناب قبل المنيب صحيحاً ولو كان التزامه قبل المنيب باطلاً أو كان هذا الالتزام خاضعاً لدفع من الدفوع)).

(٤) راجع د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج١، م١، ف٢٨٧، ص٥١١، ٥١٢.

(٥) راجع في تفصيل ذلك د. عبد الحي حجازي، مرجع سابق، ف٢٧٠، ص٤٠٩، ٤١٠ وحاشية رقم (٥٠) حيث يحيل على النظرية العامة للتصرف القانوني، ص١٩٦، وفيها يقول ((إن=

إلى خطورة الالتزام الذي يقدم عليه، وبما أن الأداء في التصرف المجرد يتم وبغض النظر عن الغرض الذي أراده الملتزم، وهذا ينطوي على خطورة بالنسبة إليه، إذ يمتنع عليه الطعن بهذا التصرف من ناحية السبب أو عيوب الإرادة الأمر الذي يتحتم بموجبه التنبيه إلى خطورة تصرفه، وذلك بأن يعلن صحة التصرف المجرد على اتباع شكل معين فهنا يحل الشكل محل السبب(١).

المطلب الثالث

صور الشكلية العلنية غير المباشرة

انتهينا فيما سبق إلى القول إن الشكل هو أسلوب محدد للتعبير عن الإرادة يفرض من قبل المشرع بصورة ملزمة، وهو على هذه الصورة عنصر جوهري في العقد إذ أنه الثوب الذي يرتديه التعبير عن الإرادة ويظهر به إلى العالم الخارجي.

ومن دون ذلك لا يعترف القانون بوجود التعبير الإرادة.

وهذا المفهوم للشكل يكون واحداً ولا يختلف من شكل لأخر، ولكن قد تختلف الصور التي يلجأ إليها المشرع في هذا المقام، فكل شرط في التعبير عن الإرادة يكون في صورة إجراء يفرض من قبل المشرع يعد صورة من صور الشكل، وتلك الإجراءات التي يمكن أن يلجأ إليها المشرع كثيرة ولا يمكن حصرها، إذ أنها ترتبط بما يعتبره المشرع وسيلة ناجعة يمكن من خلالها تحقيق الغايات التي يسعى إليها. ومع ذلك للشكلية مراد البحث صور متعددة ومختلفة ينظم كل منها الإجراءات الإدارية الخاصة بنوع معين من التصرفات القانونية الواردة على العقار وعلى المنقولات التي تأخذ حكم العقار، فضلاً عن الإجراءات الخاصة بشكلية التسجيل في السجل التجاري، وعلى ذلك سنتعرف بالبحث لكل من هذه الصور في فرع مستقل وذلك على التفصيل التالي.

=التصرف المجرد يجب اليوم أيضاً (ما نعتقد) أن يكون شكلياً ولكن ليس كل تصرف شكلي يكون بسبب ذلك مجرداً)).

(١) د. عبد الحي حجازي، مرجع سابق، ف٢٧٠، ص٤١٠.

الفرع الأول: الشكلية غير المباشرة في الهبة

تعد الهبة ((وهي تمليك مال لآخر بلا عوض)) [١]، من العقود الشكلية في القانون الفرنسي، إذ يشترط أن تكون بورقة رسمية[٢]، ولكن القضاء الفرنسي تجنباً منه للشكلية في الهبة، أقر بصحة الهبة المستتر[٣].

والهبة غير المباشرة[٤] وهبة المناولة وتسمى الهبة اليدوية حيث تتم بمجرد التسليم.

ويشترط القضاء الفرنسي في نطاق الهبة المستترة والهبة غير المباشرة أن تكون في حدود النصاب الذي يجوز التبرع به من الأموال، فهي وأن جاءت صحيحة على الرغم من تخلف الشكل الذي فرضه الشرع في عقد الهبة، إلا أنها يجب أن لا تخالف قواعد اصل وأساس التبرع[٥].

كما يشترط في الهبة المستترة أن يكون التستر أو الاخفاء تاماً وكاملاً بحيث يكون كل تقصير ومخالفة في هذا الشأن جزاءه البطلان، لأننا سنكون عندئذ في إطار

---

(١) أنظر المادة (١/٦٠١) من تقنينا المدني .

(٢) أنظر المادة (٩٣١) مدني فرنسي .

(٣) والهبة المستترة: هي التي تتم تحت ستار عقد آخر من عقود المعاوضة . راجع في تفصيل ذلك د. أكثم الخولي، العقود المدنية، مطبعة نهضة، القاهرة، ١٩٥٧، ص١٢٣؛ د. محمود جمال الدين زكي، العقود المسماة، دار الكتاب العربي، مصر، ١٩٦٠، ص٩٨ .

(٤) والهبة غير المباشرة: هي عبارة عن تصرف قانوني يفضي إلى نقل حق مالي من ذمة إلى أخرى بلا مقابل، ولكن ليس من خلال الصورة المعتادة المباشرة وإنما يتوصل إليها بوسيلة غير مباشرة في صورة تصرف آخر يكون مضمونه مجانية التصرف. راجع في ذلك د. أكثم الخولي، مرجع سابق، ص١٢٣؛ د. محمود جمال الدين زكي، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٥، العقود التي ترد على الملكية، الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩، ف٤٩، ص٧٩.

(٥) د. حسين عبد القادر معروف، الرسالة السابقة، ص٣٧؛

Vou, Abdalla ((Fathi Abdel-Rahim): Aspects Nouveaux du formalism dans les Contrats Civils, le Caire, 1974, No. 120, P.226.

تطبيق المادة (٩٣١) من القانون المدني الفرنسي التي تشترط الرسمية في الهبة، وعليه إذا كانت الهبة مستترة بغطاء الإقرار بدين، فيجب هنا استخدام صيغة تشير بوضوح إلى صفة المعاوضة وتخفي طبيعته التبرعية بالكامل وإلا فأن التصرف سيكون تبرعاً ومن ثم يكون باطلاً وفقا للمادة (٩٣١) آنفة الذكر[١].

هذا وقد اقر جانب من الفقه توجه القضاء الفرنسي وكان مثاراً لتفسيرات مختلفة[٢]، حيث رأى البعض أن هذا التوجه يفصح عن أن الشكل الرسمي ليس سوى استثناء في أنشاء الهبات.

وذهب آخرون إلى أن الصيغ الثلاث في أنشاء الهبة تعادل الشكل الذي فرضه المشرع الفرنسي وتكون بديلاً عنه، إذ يتيح التستر أو الأصغاء في الهبة المستترة والهبة غير المباشرة، والتسليم بالمناولة الحصول على ذات الفوائد التي تنتج من فرض الشكل، كما يرى آخرون أن الشكل لا يفرض إلا على العقد أو السند الذي أفرغت فيه الهبة، أي الوثيقة، لا الهبة في ذاتها.

أما الفريق الرابع فقد ذهب أنصاره إلى القول بأن هذا الضرب من الهبة لا يعدو أن يكون إلا تبرعاً، وليس هبة.

الفرع الثاني: الشكلية غير المباشرة في التسجيل العقاري

كما هو معلوم إن العقد يرتب التزامات بين المتعاقدين دون غيرهما، وفي الوقت ذاته يسري في حق الغير.

وقد نصت على ذلك المادة (٩٠) من القانون المدني العراقي بأنه: ((١-إذا فرض القانون شكلا معينا للعقد فلا ينعقد إلا باستيفاء هذا الشكل ما لم يوجد نص بخلاف ذلك.

٢-ويجب استيفاء هذا الشكل أيضاً فيما يدخل على العقد من تعديل)).

---

(1) Abdall (Fathi), Op. Cit, No.120, P.227.

(٢) جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط١، ٢٠٠٠، ف٤٣٥، ص٤٤٣، ٤٤٤.

كما نصت المادة (٣) ثانياً من قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ المعدل بأنه: ((٢-لا ينعقد التصرف العقاري إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري)).

ونستشف مما تقدم من نصوص بأن التسجيل العقاري يعتبر من أهم أنواع الشكلية العلنية في مجال نقل الملكية وإنشاء الحقوق العينية العقارية وقد أصبحت هذه الشكلية في فرنسا تستتبع بشكلية أخرى ألا وهي الشكلية الرسمية، حيث أن دائرة الشهر العقاري هناك ترفض العقود إذا لم تكن في شكل رسمي، حيث ينظر أن هذا الالتزام يفرض على المتعاقدين من الوجهة العملية أن يجريا المعاملات العقارية في عقود رسمية على أن هذا لا يعني أن البيع العقاري في فرنسا قد عزا عقداً شكلياً، بل هو ما زال عقداً رضائياً ينتج كامل آثاره بين المتعاقدين بمجرد التراضي، أما بالنسبة للغير فيطل غير محتج به نحوه ما لم يشهر على النحو السابق ذكره[١].

ويتضح من ذلك إن المشرع العراقي والمصري وحتى الجزائري يتفق مع المشرع الفرنسي -جزئياً- فيما يتعلق بالبيع العقاري ويتمثل ذلك في مسألة النفاذ بالنسبة للغير حيث لا يتأت ذلك إلا من خلال عملية الشهر العقاري التي تعتبر من أهم أنواع الشكلية غير المباشرة مع إن المشرعين الآنف ذكرهم وعلى نقيض المشرع الفرنسي قد جعلوا من عقد البيع العقاري عقداً شكلياً لا رضائياً[٢].

فإذا كانت القاعدة أنه في المنقول تنتقل الملكية بمجرد انعقاد العقد إذا ما كان مفرزاً (أو بإفرازهِ إن لم يكن كذلك) فإن الحال يختلف بالنسبة للعقار ، حيث لا تنتقل

(١) الأستاذ زحزاح محمد، الأستاذ يحياوي يوسف، الشكلية العلنية كصورة من صور الشكلية غير المباشرة وأثرها على نفاذ العقد، بحث منشور في مجلة الندوة للدراسات القانونية، العدد السادس، ٢٠١٥، ص١٢٧؛ د. مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري، مرجع سابق، ص٤٦، ٤٧؛ د. سمير تناغو، مرجع سابق، ص٣٨٣، ٣٨٤.

(٢) راجع المواد ٩٠ مدني عراقي والمادة ٢/١٠١ مدني مصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ والمادة ١٦ من مرسوم ٦٣/٧٦ المؤرخ في ١٩٧٦/٣/٢٥ المتضمن تأسيس السجل العقاري، وكذا المادة ٢٩ من القانون ٢٥/٩٠ المؤرخ في ١٩٩٠/١١/١٨ المتضمن التوجيه العقاري.

الملكية إلا باستيفاء إجراءات التسجيل العقاري.

وقد صنفت هذه الأخيرة (كما أشرنا) على أنها إحدى أهم أنواع الشكلية غير المباشرة في القانون، وهو ما حدا بنا إلى أن نتناولها في محورين نتعرض في أولهما لمفهوم التسجيل العقاري ونعرج في الثاني على التصرفات الخاضعة لشكلية التسجيل.

المحور الأول: المقصود بالتسجيل العقاري

يقصد بالتسجيل العقاري تلك التقنية التي بوساطتها تشهر الحقوق العقارية والتي تتمثل في مسك سجل يدعى بالسجل العقاري من قبل هيئة مختصة بغرض تسجيل مختلف التصرفات القانونية المتعلقة بالعقارات والحقوق العينية المترتبة عليها وذللك لتمكين الغير من الاطلاع عليها(١).

فالتسجيل العقاري بعبارة موجزة نظام قانوني قائم بذاته يتكون من مجموعة الإجراءات والشكليات التي يقع تنفيذها على عاتق مصلحة عمومية تسمى التسجيل العقاري. وهو كما أسلفنا نظام يضمن حماية الملكية العقارية والحقوق العقارية، كما أن له دوراً في إعلام الغير بالوضعية القانونية للعقار.

وحري بنا أن نذكر في هذا المقام أن التسجيل العقاري في العراق وفي القوانين المقارنة للبلدان الأخرى، نوعان، الأول: شخصي ويعني بالشهر على أساس أسماء طرفي التصرف دون النظر إلى العقار محل التصرف(٢)، أما الثاني: فهو عيني وهذا بخلاف الأول يعني بمحل التصرف وليس بأطرافه(٣).

المحور الثاني: التصرفات القانونية الخاضعة لشكلية التسجيل

بعد أن فرغنا من الكلام عن التسجيل العقاري باعتباره من الركائز الرئيسية التي

---

(١) د. علي فيلالي، الشهر العقاري في ضوء القضاء الجزائري، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية والاقتصادية، ج٤٢، لسنة ٢٠٠٠، ص١١٦.

(٢) د. عبد المجيد الحكيم، دراسة في قانون التسجيل العقاري العراقي، مرجع سابق، ص٤٨.

(٣) د. مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١، ج٢، مطبعة المعارف، بغداد ١٩٧٨، ص٥٥، ٥٦ .

تقوم عليها الشكلية الغير المباشرة في القانون، فيجدر بنا في هذا المقام أن نتعرض إلى المحل الذي يقع عليه التسجيل، وهنا يثور التساؤل عن التصرفات والوثائق التي أوجب المشرع اخضاعها لعملية التسجيل؟

إن الإجابة على التساؤل مدار البحث تقتضينا الرجوع إلى نصوص قانون التسجيل العقاري المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، فضلاً عن النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالتسجيل التصرفات الواردة على العقار عموماً(١).

بحيث نجدها تنص على وجوب تسجيل ما يلي:

-التصرفات والأحكام المتعلقة بإنشاء الحقوق العينية العقارية أو نقلها أو التصريح بها أو تعديلها أو إنهائها. هذا وكما نعلم أن الحقوق العينية الواردة على العقار نوعان، أولهما حقوق عينية أصلية لا تستند في وجودها إلى حقوق أخرى وهي حق الملكية، وحق الانتفاع، وحق الاستعمال، وحق السكنى، وكذا حق الارتفاق، وهذه كلها حقوق يجب أن تخضع لإجراء تسجيل العقاري إن هي كانت محل تصرفات قانونية(٢).

---

(١) راجع في ذلك المواد (٣، ٤، ٩، ١٠، ٧١، ٧٢) من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ وكذلك المواد (٩-١٣) من قانون تنظيم الشهر العقاري المصري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦.

(٢) راجع في تفصيل ذلك: د. مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري، ج١، مرجع سابق، ص٤٠-٤٣؛ الأستاذ محمد زحزاح والاستاذ يوسف يحياوي، البحث السابق، ص١٢٩، ١٣٠؛ عبد العزيز الحساني، قواعد التسجيل العقاري في القانون العربي الموحد، مطبعة الكتاب، بغداد، ٢٠١٢، ص١٠٤، ١٠٥؛ وقد تضمن القانون المدني المصري نوعاً رابعاً للحقوق العينية التبعية وهو حق الاختصاص، ويراد به حق عيني تبعي يمنحه رئيس المحكمة للدائرة بناءً على حكم واجب التنفيذ صادر بإلزام المدين بالدين على عقار أو أكثر من عقارات المدين. ويستطيع الدائن بموجب هذا الحق أن يستوفي حقه في الدين، متقدماً على الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة، من هذا العقار أو العقارات في أي يد تكون. =

أما ثانيهما فهي حقوق عينية تبعية وهذه عكس سابقتها تستند في وجودها إلى حق شخصي لضمان الوفاء به، ولذلك سميت بالتأمينات العينية، وتشمل هذه الأخيرة كل من الرهن التأميني والرهن الحيازي في المنقول، وحقوق الامتياز، وكل هذه الحقوق أخضعها المشرع لإجراء التسجيل وهو شكلية غير مباشرة. هذا وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن جميع الأحكام والقرارات القضائية المتعلقة بالحقوق العينية أصلية كانت أو تبعية أو تضمنت حقوقاً شخصية أن غيرها من الحقوق المذكورة آنفاً يجب أن تخضع للتسجيل حتى تنتج أثرها بين الأطراف وفي مواجهة الغير[١]، بل إن عملية التسجيل العقاري لا تقتصر على ذلك فحسب بل تشمل الدعاوي القضائية التي يكون موضوعها يتعلق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقص حقوق ناتجة عن وثائق من الممكن أن تكون قد قيدت في السجلات العقارية[٢].

كما نجد أن بعض العقود الإدارية على وجه التخصيص، ولكي تكون منتجة لأثارها القانونية كاملة فإنه يتوجب أن تمر بعملية التسجيل العقاري، ومن ذلك عقود التعمير والبناء مثلاً[٣].

هذا ولا نغفل الإشارة إلى أن المادة –٢٢٩– من قانون التسجيل العقاري قد نصت في فقرتها الثانية على أنه: ((يسجل عقد الإجازة الطويلة الذي يخول فيه صاحب الأرض المستأجر أن يقيم بناء أو منشآت أخرى غير الغراس حسب الشروط المتعاقد عليها ويخضع التسجيل والمدة وحق التصرف والإرث لأحكام حق المساطحة)).

=راجع في ذلك: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١٠، مرجع سابق، ص٦٦٠.

(١) راجع في ذلك المعنى المواد (٣، ٤) من قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١.

(٢) د. مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري، ج١، مرجع سابق، ص٧٣، ٧٤؛ الأستاذ محمد زحزاح والأستاذ يوسف يحياوي، البحث السابق، ص١٣٠.

(٣) راجع في ذلك: الأستاذ محمد زحزاح والأستاذ يوسف يحياوي، موضع الإشارة السابقة؛ وأنظر كذلك: أنواع العقود الإدارية، بحث منشور على الموقع الإلكتروني :

Contadmin Forumaroc, net.168.topici in 24-7-2017.

ويتضح من المفهوم المخالف لهذا النص إن المشرع العراقي قد أغفل معالجة نقطة مهمة كان قد تطرق إليها المشرع الجزائري في المادة -١٧- من الأمر رقم (٧٤/٧٥) التي جردت عقود الإيجارات البالغة مدتها (١٢) سنة من أي أثر في مواجهة الأطراف أو في مواجهة الغير في حالة عدم شهرها لدى الجهات المختصة وبذلك يكون المشرع الجزائري حسناً فعل في عدم ترك مدة العقد مطلقة دون تسجيله في دوائر الشهر المختصة، لذا كان الأحرى بمشرعنا أن يقيد تسجيل هذه العقود بوقت محدد ولا يرتب بخلافه أي أثر سواء في مواجهة الأطراف أو في مواجهة الغير حفاظاً منه على استقرار المعاملات في المجتمع. ويضاف إلى ما تقدم بعض السندات التي تشبه في حكمها حكم الإيجارة، والتي نصت عليها القواعد العامة في القانون المدني وهي ما يعرف بالمخالصات والحوالات[١].

كما أن القانون يوجب بالنسبة للمكائن عدم الاعتداد بأي تصرف قانوني يرد عليها ما لم يتم تسجيلها لدى دائرة الكاتب العدل المختصة[٢].

وأخيراً لا تفوتنا الإشارة في هذا المقام إلى أن حق الإرث وإن كان ينتقل إلى الورثة بمجرد الوفاة دون اشتراط أي إجراء شكلي، إلا أن المشرع في المقابل يوجب على كل وارث تسجيل حقه من الإرث كلما أراد التصرف فيه[٣]، فالتبرع بوصفه ظاهرة اقتصادية يمكن أن يتم عن طريق أي عقد أخر كإبرام عقد التأمين على الحياة مثلا، وهو بذلك لا يخضع لنظام الهبات القانوني[٤]، إلا أن توجه القضاء الفرنسي كان محلا للنقد من قبل جانب من الفقه في فرنسا[٥].

---

(١) د. حسين عبد القادر معروف، الرسالة السابقة، ص١٢٢.

(٢) راجع في ذلك المادة -٣٠- من قانون الكُتاب العدول رقم -٣٣- لسنة ١٩٩٨. وقد عرّف هذا القانون الماكنة في مادته الحادية والثلاثون بأنها: (جهاز أو مجموعة أجهزة آلية تعمل بأية طاقة أو واسطة غير يدوية تستخدم للأغراض الصناعية أو الزراعية أو الانتاجية).

(٣) د. مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري، ج١، مرجع سابق، ص٤٤٩-٤٥٣.

(٤) جاك غستان، مرجع سابق، ف٤٣٥، ص٤٤٣، ٤٤٤ .

(٥) راجع في تفصيل هذه الآراء، د. ياسر الصيرفي، الرسالة السابقة، ص١٣٢، ١٣٣.

فهناك من رفض هذا الاتجاه بذريعة انطوائه على مخالفة صريحة لما في القانون من قواعد تقضي ببطلان التصرف الشكلي عند غياب الشكل، ولكن جانبا أخر وجد هذا الخروج نوعا من العداء للشكلية، وثمة جانبٌ ثالث ذهب إلى تفسير هذا الخروج بأنهُ محاولة أجراها القضاء الفرنسي للتوفيق بين الواقع والقانون، ((فالقضاء في الحقيقة قد أجاز الأشكال التي أفرزها الواقع، ورأى إنها تكفل تحقيق الغاية من الشكل المفروض قانونا، وهذا غير جائز من الناحية القانونية، لأن الشكل في الحقيقة ليس له معادل، ولذلك فأن القضاء في هذه الأحوال لا يجاهد بمخالفته للنصوص القانونية، بل بالعكس فهو يحاول معتمداً على الحيل القانونية تأكيد عدم المخالفة)) [١].

ومع ذلك نجد من ذهب من الفقهاء إلى القول بأن القضاء الفرنسي إذا اعترف بصحة الهبة غير المباشر والهبة المستترة وهبة المناولة ولو من باب المحاولة لتجنب الشكلية المنصوص عليها في المادة (٩٣١) ، فإنما وقع في شكلية جديدة ولكنها أكثر مرونة، فدون أدى شك أن الهبة اليدوية هي عقد عيني، والتسليم بمقتضى هذا العقد صورة من صور الشكل في القانون الحديث، كما أن التغطية الكاملة والتستر التام التي تشترط لصحة الهبة غير المباشرة ليست سوى أفعال مادية وخارجية تجذب انتباه الواهب على خطورة وأهمية ما سيقدم عليه، وهي لذلك تعد ضرباً من الشكلية في القانون الحديث[٢].

ولكن هذا الرأي على ما يبدو لم يسلم من سهام النقد التي وجهت إليه، حيث إن الهبة غير المباشرة والهبة المستترة لا تمثل في حال من الأحوال صورة من صور الشكل، وذلك لأنها لا تتمتع بخصائص الشكل المشار في أعلاه، فالأمر لا يتعلق هنا بأسلوب معين للتعبير عن الإرادة يفرض من قبل المشرع، فالأفراد أحرار في اتخاذ أي وسيلة للوصول إلى الهبة غير المباشرة، أو في إبرام الهبة المستترة، هذا فضلاً عن إن

(١) د. حسين عبد القادر معروف، الرسالة السابقة، ص٣٩؛ د. ياسر الصيرفي، موضع الإشارة السابقة.

(2) Abdalla (Fathi), Op. Cit, N.123, P.228.

اشتراط القبض أو التسليم في العقود العينية لا يعد على الأرجح ضرباً من الشكلية[١].

ولا تفوتنا الإشارة في هذا المقام إلى موقف القضاء الفرنسي على الصعيد العربي حيث كان لهذا القضاء أثر لا يستهان به تجاه القانون المدني المصري، حيث أقر هذا الأخير صحة الهبة في الأحوال التي أقرها القضاء الفرنسي، إذ نصت المادة (٤٨٨) منه على أنه ((١-تكون الهبة بورقة رسمية وإلا وقعت باطلة، ما لم تتم تحت ستار عقد آخر ٢- ومع ذلك يجوز في المنقول أن تتم الهبة بالقبض دون حاجة إلى ورقة رسمية))[٢].

هذا وبالرجوع إلى القانون المدني العراقي نجد إن المادة (٦٠٢) منه تقرر أنه ((إذا كان الموهوب عقاراً وجب لانعقاد الهبة أن تسجل في الدائرة المختصة)) فاستيفاء الرسمية لا يشترط في الهبة إلا إذا كان الموهوب عقاراً، أما إذا كان الموهوب منقولاً فأن المادة (٦٠٣) من هذا القانون تقضي بأن الهبة لا تتم الا بالقبض، ويلزم في القبض إذن الواهب صراحة أو دلالة، فهبة المنقول بموجب قانوننا هذا عقد عيني لا يتم إلا بالقبض.

وهذا يعني، أن المشرع العراقي قد قيد الوسائل التي تقع بها الهبة بالتسجيل أو القبض، وأنه لهذا قد رفض الهبات التي تتم بطرق أخرى. وبعبارة أدق انه لا وجود للهبة وتأسيساً على ما تقدم ذكره يمكننا القول بأن الهبة غير الشركة بتمام القبض[٣]، فعلى سبيل المثال، إذا كان الموهوب له يشغل الفندق الذي وهب له أثاثه، فيعد ذلك

(١) د. حسين عبد القادر معروف، الرسالة السابقة، ص٣٨ حاشية رقم ١٣ .

(٢) وهناك من ذهب إلى أن المشرع المصري قد أقر إلى جانب الشكل الرسمي في الهبة اشكالاً أخرى هي: التسليم والاستتار. راجع في تفصيل ذلك د. حسين عبد القادر معروف، الرسالة السابقة، ص٣٨؛ د. ياسر كامل الصيرفي، الرسالة السابقة، ص١٣٤.

(٣) راجع قرار محكمة التمييز ذي الرقم ١٢٤/س/٦٩ المؤرخ في ١٩٦٩/١٠/١٩، قضاء محكمة التمييز، م٦، دار الحرية للطباعة، مطبعة الحكومة، بغداد، بدون سنة طبع، ص٣٨٩.

قبضاً للموهوب[١].

وأن للزوج أن يرجع عن هبة العقار لزوجته إذا لم تكن الهبة مسجلة لدى دائرة التسجيل العقاري وليس للزوجة طلب تملك العقار استناداً لقرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم ١١٩٨ في ١٩٧٧/١١/٢ لأن هذا القرار يسري على البيوع الخارجية التي ثبت فيها عوض للعقار المبيع[٢].

الفرع الثالث: الشكلية غير المباشرة في السجل التجاري

كما هو معلوم ان النشاط التجاري إنما يقوم على عاملي السرعة والثقة، مما يقتضي أن يكون التجار على بينة من أمرهم بخصوص الأشخاص الذين يتعاملون معهم، لذلك لابد لنا بادئاً ذي بدء أن تعرف المقصود بالسجل التجاري وأهميته لكي يتسنى لنا بعد ذلك أن نتعرض إلى الاحكام القانونية لتنظيمه ومن ثم إلى الجزاءات التي تترتب على عدم مراعاته.

أولاً: تعريف بالسجل التجاري:

في الواقع إن السجل التجاري نظام أخذت به معظم الدول كأداة لازمة للإشهار في المواد التجارية، ولو أردنا أيراد تعريف جامع وشامل لهذا السجل لأمكننا القول بأنه: ((سجل عام تمسكه جهة رسمية معدة لتدوين جميع البيانات التي تتعلق بالمؤسسات التجارية والتجار، ولإثبات ما يطرأ على هذه المؤسسات وعلى أصحابها من تغييرات مادية وقانونية))[٣].

---

(١) قرار محكمة التمييز ذي الرقم ٧٤٣/م٧٣/٢ في ١٩٧٣/١٢/٢٠، النشرة القضائية، العدد الرابع، السنة الرابعة، ص١٦٢.

(٢) أنظر قرار محكمة التمييز ذي الرقم ٦٣٥/م١٩٨٠/٤في ١٩٨٠/٧/٢٦ ((مجموعة الأحكام العدلية، السنة الحادي عشر، العدد الثالث، ١٩٩٨٠، ص١٦. نقلاً عن د. حسين عبد القادر معروف، الرسالة السابقة، ص٣٨.

(٣) د. باسم محمد صالح، القانون التجاري، القسم الأول النظرية العامة – التاجر – العقود التجارية – العمليات المصرفية – القطاع الاشتراكي، مطبعة العاتك، القاهرة، طبعة جديدة، ١٤٣٠هـ-٢٠٠٩م، ص١١٨.

وعرفته المادة السابعة والعشرون من قانون التجارة بأنه: ((سجل عام تنظمه الغرف التجارية والصناعية لقيد ما أوجب القانون على التاجر أو ما أجاز له قيده من بيانات تحدد هويته ونوع النشاط الذي يمارسه والتنظيم الذي يجري أعماله بموجبه وكل ما يطرأ على ذلك من تغيير)).

وللسجل التجاري أهمية تختلف في الواقع باختلاف الفكرة التي أدت إلى وضعه والأخذ بنظامه في بلد عن آخر، فهناك من الدول من تعتبر السجل التجاري نظام قانوني موضوعي تكتسب من خلال القيد فيه الصفة التجارية.

بينما لا تعد بعض القوانين التجارية الأخرى في السجل نظاماً أساسياً من نظم القانون التجاري. فلا يؤدي التسجيل بحكم القانون الفرنسي مثلاً إلى إسباغ الصفة التجارية على كل شخص سجل في السجل بل أن القيد في السجل لا يعد بمفهوم القانون المذكور سوى قرينة قانونية بسيطة على اكتساب الشخص للصفة التجارية، وترك أمر تحديد هذه الصفة إلى القواعد المقررة في القانون التجاري. أما البيانات المسجلة فيه فليس لها، كذلك سوى حجية نسبية بالنسبة للغير[١]، وقد أخذت معظم قوانين الدول العربية وبضمنها قانوننا العراقي بهذا الاتجاه[٢].

وبناءً على ما تقدم فإن للسجل محل البحث أهمية خاصة يمكن أجمالها بالآتي:

---

(١) د. باسم محمد صالح، مرجع سابق، ص١١٨ن ١١٩.

(٢) راجع في تفصيل ذلك المواد :

(١٧) من قانون التجارة المصري رقم ٣٤ لسنة ١٩٧٦ .

(٢٢) من قانون التجارة اللبناني الصادر بالمرسوم الاشتراعي رقم ٣٠٤ لسنة ١٩٤٢.

(٢٣) من قانون التجارة السوري رقم ٣٣ لسنة ٢٠٠٧.

(٢٢) من قانون التجارة الأردني رقم (١٢) لسنة ١٩٦٦.

(٥٥) من قانون التجارة الكويتي رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠.

(١٢) من قانون التجارة المغربي رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٦ .

(٢١) من قانون التجارة الجزائري الصادر بالأمر رقم ٥٩/٧٥ لسنة ١٩٧٥.

١- إنه أداة استعلامية هامة، يبيح من خلاله للغير الحصول على معلومات عن كل مؤسسة تجارية أو مشروع تجاري فردياً كان أو جماعياً لغرض الاطمئنان على سلامة المعاملات والعقود قبل أبرامها مع المؤسسة أو المشروع التجاري[١].

٢- إنه أداة إحصائية فعالة للدولة تتمكن من خلاله من الحصول على إحصاءات دقيقة عن حالة التجارة من حيث أهمية رؤوس الأموال المستغلة فيها ونسبة المؤسسات التجارية فردية كانت أو جماعية، وجنسية كل منها وأنواع النشاطات التجارية المختلفة ومعرفة حجم المشروعات التي يقوم القطاع الخاص وغيره بتنفيذها.

٣- إنه أداة اقتصادية تلعب دور ملموس في عملية التخطيط الاقتصادي إذ يستطيع السجل بوصفه أداة إحصائية أن يهيئ جميع البيانات اللازمة لعملية التخطيط الاقتصادي وتوجهه للنشاط التجاري وفقاً لمتطلبات الاقتصاد الوطني الآنية والمستقبلية[٢].

٤- وأخيراً إنه أداة اشهار في المواد التجارية ((الوظيفة القانونية)) إذ تعد البيانات المدونة فيه بالضرورة حجة على الغير وبالمقابل فأنه لا يمكن الاحتجاج ببيان لم يقيد في السجل على الغير ما لم يكن يعلمه عن طريق آخر[٣].

ومما لا شك فيه إن السجل التجاري يلعب دوراً هاماً في دعم الائتمان عن طريق شهر المركز القانوني للتاجر، والعناصر المختلفة التي يتألف منها نشاطه التجاري، فمن شأن ذلك أن يبحث الثقة والاطمئنان في نفوس المتعاملين معه ويسهل المعاملات التجارية، فلهذه الاعتبارات أنشيء نظام السجل التجاري، كما يعد القيد في السجل

(١) أنظر نص المادة ٣٠ من قانون التجارة العراقي .

(٢) د. باسم محمد صالح، مرجع سابق، ص١٢٠؛ د. محمد حسني عباس، الوجيز في النظرية العامة للقانون التجاري، بدون دار نشر، الإسكندرية، ١٩٦٩، ص١٤٠.

(٣) د. باسم محمد صالح، موضع الإشارة السابقة؛ وراجع كذلك نص المادة (٦٠) من قانون التجارة الملغى رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠.

التجاري أحدى الآليات التي يعتمد عليها في وضع استراتيجية اقتصادية للدولة، ومعيار تقاس به قوة الاقتصاد الوطني، فضلاً عن كونه وسيلة قانونية لإضفاء الشرعية على الشخص الممارس لنشاط اقتصادي خاضع للقيد في السجل التجاري أو سجل الصناعة التقليدية والحرف، إلى جانب ما يؤديه من وظائف مختلفة، يمكن حصرها إجمالاً في بعدين أساسيين، هما: البعد التحكمي باعتباره أداة تنظيمية، إحصائية، رقابية وتوجيهية لهذه الأنشطة بهدف خدمة الاقتصاد الوطني وتطويره وتوجيهيه، وبعد آخر تعاملي، كونه أداة قانونية استعلامية إشهارية[١].

ثانياً: تنظيم أحكام السجل التجاري :

يقضي قانون التجارة بأنه: ((تتولى الغرف التجارية والصناعية المهام المتعلقة بالسجل المنصوص عليها في هذا القانون، ويكون رئيس الغرف التجارية والصناعية المختصة مسجلاً للأسماء التجارية ومسؤولاً عن السجل التجاري فيها))[٢].

ونستشف من ذلك إن جهة الإشراف على السجل هي الغرف التجارية والصناعية في العراق. ويعتبر رئيس الغرفة التجارية والصناعية هو المسؤول المباشر عن السجل.

فهو المسجل التجاري ومسجل الأسماء التجارية في آن واحد[٣].

والواقع أن القيد في السجل التجاري يعتبر أولاً منشئاً لقرينة قانونية على مزاولة الشخص للنشاط التجاري وبالتالي اكتسابه لصفة التاجر، ويتضح ذلك صراحة من نص المادة التاسعة من قانون التجارة التي تلزم كل تاجر بتسجيل اسمه في السجل التجاري بيد أن هذه القرينة قابلة لإثبات العكس بكافة طرق الإثبات.

هذا من جهة ومن جهة أخرى إن قانون التجارة جعل من القيد في السجل أمراً لازماً لحماية الاسم التجاري إذ تنص الفقرة الأولى من المادة الرابعة والعشرين على أنه:

---

(١) د. باسم محمد صالح، مرجع سابق، ص١١٨-١٢٠؛ د. محمد حسني عباس، مرجع سابق، ص١٤٠؛ الأستاذ محمد زاحزاح والأستاذ يوسف يحياوي، البحث السابق، ص١٣٣، ١٣٤ .

(٢) أنظر نص المادة ٢٦ من قانون التجارة العراقي وما يقابلها من نصوص.

(٣) د. باسم محمد صالح، مرجع سابق، ص١٢١ .

((من قيد في السجل التجاري اسماً تجارياً وفقاً لأحكام هذا القانون فلا يجوز استعماله من قبل شخص أخر في نوع التجارة الذي يزاوله صاحب الاسم ضمن حدود المحافظة أو المحافظات التي تم قيده فيها))، وهذا يعني بأنه لا يمكن للغير استعمال الاسم التجاري المسجل باسم شخص آخر، ويحق لصاحب الاسم التجاري المسجل قانوناً معارضة أي شخص يستعمل اسمه التجاري.

ولكن هل تعد البيانات المدونة في السجل حجة على الغير وهل يجوز الاحتجاج بأي بيان لم يتم تسجيله في السجل؟

لم يتعرض مشرع قانون التجارة في الواقع وعلى خلاف ما ورد في القانون الملغي لهذه الفرضية(١).

الأمر الذي ثار جدلاً بين فقهاء القانون تمخض بالتالي إلى القول بأن البيانات المدونة في السجل لها حجية على الغير، وبالمقابل لا يجوز الاحتجاج على هذا الغير بأي بيان واجب القيد في السجل ولم يتم قيده اللهم إلا إذا ثبت علم الغير بمضمون البيان. هذا ويترتب على عدم القيد في هذا السجل عدم اكتساب صفة التاجر، وعدم اكتساب الشخصية المعنوية بالنسبة للأشخاص المعنوية، كما يترتب على عدم قيد التصرفات القانونية الواردة على المحلات التجارية (التي لا تطبيق لها في القانون العراقي) عدم نفاذها في مواجهة الغير وبطلان الاحتجاج ضده(٢).

وإذا ما رتب عدم التسجيل في السجل التجاري أو القيد الوهمي الكاذب ضرراً للغير فإنه يجب التعويض وفقاً لأحكام المسؤولية المدنية ولا يمكن من جانب أخر الاحتجاج على الغير بأي بيان واجب التسجيل ولم يدون في السجل.

ناهيك عن الجزاء الجنائي المتمثل بغرامة مالية لا تقل عن مائة الف دينار ولا تزيد عن مليون دينار، وهذه العقوبة المذكورة تكون واجبة التطبيق في جميع الأحوال

(١) أنظر نص المادة (٦٠) من قانون التجارة الملغى.

(٢) د. حسين عبد القادر معروف، الرسالة السابقة، ص١١٨-١٢٠؛ الأستاذ محمد زاحزاح والأستاذ يوسف يحياوي، البحث السابق، ص١٣٣.

التي تقع فيها مخالفة لأي حكم قانوني مقرر للتسجيل[١].

ويقرر قانون الشركات في هذا الصدد عقوبة أشد عند تعمد تقديم بيانات ومعلومات غير مطابقة للحقيقة إذ تنص المادة ٢١٣ من قانون الشركات على أنه ((كل مسؤول في شركة أعطى عن عمد بيانات أو معلومات غير صحيحة إلى جهة رسمية حول نشاط الشركة ... يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تزيد على السنة أو بغرامة لا تقل عن مليون دينار ولا تزيد على ثلاثة ملايين ديناراً أو بالعقوبتين معاً)).

الفرع الرابع: الشكلية غير المباشرة في رهن المنقول دون حيازة

إن الكلام في مثل هذا النوع من الرهن يقتضينا أولاً معرفة المقصود به وطبيعته القانونية وصولاً إلى الإجراءات اللازمة لتسجيله.

أولا: التعريف بالمنقول دون حيازة وطبيعته القانونية :

لقد حددت المادة (٢/٦٢) من قانون المدني العراقي المنقول بقولها: ((والمنقول كل شيء يمكن نقله وتحويله، فيشمل النقود والعروض والحيوانات والمكيلات والموزونات وغير ذلك من الأشياء المنقولة)).

ولو تأملنا جلياً في هذا النص لابد لنا أن نتسأل عما إذا كانت هذا التعريف للمنقول ينطبق على المنقول القابل للرهن دون حيازة؟

كالسفينة، الطائرة، المحل التجاري، المركبة؟

في الواقع لم يتضمن القانون المدني العراقي ولا القوانين المقارنة له تعريفا جامعاً شاملاً لهذا النوع من المنقول مكتفيا بما نظم من قوانين خاصة بتنظيم أحكام هذه المنقولات[٢].

---

(١) أنظر نص المادة ٣٨ من قانون التجارة (المعدل).

(٢) أنظر المادة (١/١) من قانون التجارة البحرية المصري رقم (٨) لسنة ١٩٩٠؛ والمادة (١٠/١) من قانون الموانئ العراقي رقم (٢١) لسنة ١٩٩٥؛ والمواد (٦/١) و (٤٠) و (٨٨) من قانون=

ومما لا شك فيه إن هذه المنقولات سواء كانت مادية أو معنوية هي منقولات بطبيعتها؛ لأنها تخضع للتعريف العام للمنقولات الواردة في المادة (٦٢) آنفة الذكر، فهي قابلة للانتقال من مكان لآخر دون تلف ذلك المعيار الذي اتخذه المشرع العراقي للتمييز بين المنقول والعقار وهو معيار مادي لأنه يقاس بالنظر إلى الشيء، فهو منقول إذا أمكن نقله وتحويله دون تلف، وهو عقار إن كان له مستقر في الأرض ثابت[١].

وصفة الثبات هذه جوهرية، سواء أكان ذلك في أصل الشيء أو بفعل الإنسان، بحيث لا يمكن نقله دون أن يعتريه خلل أو تلف[٢]. والعبرة في الإصابة بالتلف عند النقل والتحويل هي طبيعة الشيء لا خطأ الإنسان، كما أن من العقارات ما قد ينتقل من مكانه بفعل الإنسان، أو بفعل الطبيعة ولا يخرجه هذا النقل عن حكم العقار فبعض أجزاء الجسور وسكك الحديد قد تنتقل بفعل الإنسان أو الطبيعة من محل إلى آخر إلا أن هذا لا يخرجها عن حكم العقار[٣].

=الطيران رقم (١٤٨) لسنة ١٩٧٤ والمادة (١/١) من قانون المرور العراقي رقم (٤٨) لسنة ١٩٧١؛ والمادة (٤٢) من القانون التجاري اليمني رقم (٣٢) لسنة ١٩٩١.

(١) راجع في تفصيل ذلك: د. سهام عبد الرزاق، فكرة رهن المنقول دون حيازة والحماية القانونية له، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، لسنة ٢٠٠٠، ص٦٨.

(٢) وعلى هذا النهج سار المشرع المصري حيث نص في المادة (١/٨٢) مدني مصري على أنه: ((كل شيء مستقر بحيز ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول)).

(٣) د. مصطفى حامد، الملكية العقارية في العراقن ج٢، بدون دار نشر، بدون سنة طبع، ص١٨.
وتجدر الإشارة إلى أن أحد الفقهاء يذهب إلى أن الحاجة تدعو إلى ظهور تقسيم ثالث إلى جانب العقارات والمنقولات هو الأموال المعينة تعيناً ذاتياً والأموال غير المعينة تعيناً ذاتياً، لأن المعيار الأول أصبح عاجز في نظره، ونحن لا نتفق معه في هذا الرأي ذلك أن ظهور بعض المنقولات الخاضعة للتسجيل لا يبرر الحاجة إلى ظهور تقسيم ثالث في النظام القانوني للأموال فخضوع هذه المنقولات للتسجيل لا يغير من طبيعتها المنقولة بشيء. =

وتأسيساً على ذلك يتضح جلياً إن المعيار ليس في أمكان أو عدم اماكن الانتقال بقدر ما هو في توقف الفائدة من العقار على استقراره وفي توقف الفائدة من المنقول على تحركه. فالشيء لا يعد منقولاً أو عقاراً لمجرد انه يمكن أو لا يمكن أن ينتقل من مكان إلى أخر، وعلى ذلك فالأشياء المنقولة هي التي تتوقف فائدتها على امكانية انتقالها، والأشياء الثابتة هي التي تتوقف فائدتها على استقرارها في حين معين[١].

ومما تقدم يمكننا القول، بأن المنقولات القابلة للرهن دون حيازة تحمل خصائص معينة تكفي لفرزها وتمييزها عن غيرها من المنقولات، وهذا الأمر هو الذي جعل نظام ملكيتها أ، رهنا يختلف عن سائر المنقولات الأخرى المشابهة، وهذه الخصائص أما أن تكون ذاتية لصيقة بها، وهي تكون في المنقولات التي تتكون من مجموعات أي المنقولات التي يتضمن كل منها عناصر مختلفة داخلية فيه، وأما أن تكون خارجية صناعية اسبغها عليها المشرع. ولذلك تعرف بأنها: ((تلك المنقولات التي تحمل في جوهر كيانها وسائل تعيينها الذاتي التي تمييزها عن غيرها من المنقولات الاعتيادية أو التي يضفي عليها المشرع خصوصية معينة تجعلها تخرج عن الأحكام العامة للمنقولات الاعتيادية والتي تتمثل في الآثار التي تترتب عليها))[٢].

وتأسيساً على ذلك أن محل عقد رهن المنقول محل البحث هو المنقولات الخاضعة للتسجيل وذلك استثناءً من المنقولات العادية المتشابهة التي لا مميز لها ولا طبيعة خاصة تفردها. إذ لا يوجد ثمة مانع من ورود هذا الرهن على المنقولات المثلية، ولعل تجربة المشرع الفرنسي خير دليل على ذلك[٣].

=أنظر في هذا الرأي: د. علي البارودي، حول المنقولات ذات الطبيعة الخاصة، بحث منشور في مجلة الحقوق، السنة (١٠)، العددان (٣ و ٤)، ف٤٢-٤٦، ص١٠٧-١١٣.

نقلاً عن د. سهام عبد الرزاق، الرسالة السابق، ص٦٨.

(١) د. سهام عبد الرزاق، الرسالة السابقة، ص٦٩.

(٢) د. سهام عبد الرزاق، الموضع الإشارة السابقة، ص٦٩.

(٣) د. سهام عبد الرزاق، الرسالة السابقة، ص١١٩، ١٢٠.

وبالنسبة للطبيعة القانونية لهذه المنقولات، فتجدر الإشارة إلى أن وصف هكذا منقولا بأنها معينة تعييناً ذاتياً[١] أو أنها أشباه عقارات[٢] أو أنها وحدة قانونية واقتصادية[٣] لا يسبغ عليها تكييفاً قانونياً لأنه لا يبين خصوصية هذه المنقولات عن سائر المنقولات الأخرى، هذه الخصوصية التي تتمثل بخضوع هذه المنقولات للتسجيل الإداري[٤].

شريطة أن تكون موجودة فعلاً ومعينة بالذات وقابلة للتعامل وذات قيمة اقتصادية[٥].

ثانياً: الشكلية اللازمة في رهن المنقول دون حيازة :

من المعلوم إن الشكل بصورته العادية في وقتنا الراهن يتمثل بالكتابة، ولكن الشكل محور بحثنا هذا هو الذي يكون عنصراً من عناصر التصرف القانوني بحيث يؤدي تخلفه إلى عيب هذا التصرف وبطلانه نتيجة العيب، فعلى سبيل المثال إن الشكل في عقد رهن السفينة والطائرة له معنى خاص يميزه من إشكال أخرى قد

---

(١) د. سهام عبد الرزاق، الرسالة السابقة، ص٧٣، ٧٤؛ د. علي البارودي، البحث السابق، ص٥٣-٦٠.

(٢) د. مصطفى كمال طه، مبادئ القانون البحري، الدار الجامعية، مصر، ط٣، ١٩٦١؛
Juilliot De La Morandier et Rodier et Hown ; Droit Commercial 1959, no.227, P.196 et vermond ; Manuel De Droit Maritime 1920, no.37.
نقلاً عن: علي البارودي، البحث السابق، ص٤٥ .

(٣) راجع في تفصيل ذلك :
د. زهير عباس كريم، مبادئ القانون التجاري، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٥، ص٢٢٤، ٢٢٥؛ د. سهام عبد الرزاق، الرسالة السابقة، ص٧٣_ د. قاسم عبد الحميد، مسؤولية المرتهن التجاري بين الشريعة والقانون، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة إلى جامعة الأزهر، أسيوط، ص٢١٠.

(٤) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، ج٨، ف٥، ص١٥، ١٦، و ف٢٨، ص٦٧.

(٥) د. سهام عبد الرزاق، الرسالة السابقة، ص٧٦-٨٢.

تستلزمها قواعد قانونية ولكنها لا تتعلق بصحة عقد الرهن هذا.

وقد عالج المشرع العراقي بقوانين متفرقة، رهن بعض المنقولات واشترط بشأنها الشكلية كرهن المكائن الذي نظمه قانون الكتاب العدول الذي سبقت الأشارة إليه في صفحات هذا البحث(١).

في حين جاء مشروع القانون المدني العراقي لسنة ١٩٨٦ بنص عام باشتراطه الشكلية لرهن المنقولات التي يشترط القانون شكلية معينة لبيعها. وهذا ما نصت عليه المادة (٢/٩٠٢) منه بأنه :((إذا اشترط القانون لبيع المنقول شكلاً معينا، فلا ينعقد رهنه إلا باستيفاء ذلك الشكل))، فهذا النص وضع قاعدة عامة بخصوص رهن بعض المنقولات التي اشترط القانون شكلية معينة لبيعها، ولم يجز المشروع رهن هذه المنقولات الا باستيفاء هذه الشكلية أيضاً، وعليه يمكن القول بأن بيع المنقول الذي يشترط القانون استيفاء الشكلية لنشأته صحيحاً، لا يصح رهنه إلا باستيفاء هذه الشكلية ذاتها، ففي رهن المركبة نجد أن قانون المرور رقم ٤٨ لسنة ١٩٧١ (المعدل) اشترط استيفاء شكلية معينة لبيع المركبة، عن طريق التسجيل لدى دوائر المرور المختصة.

وتأسيساً على ذلك يلزم لصحة عقد رهنها اتباع الشكلية ذاتها المطلوبة في بيعها.

هذا وإذا كان الراهن مالكاً للمنقول الخاضع للتسجيل المرهون، وهذا من شروط صحة عقد الرهن، فإن حق الدائن المرتهن ينشأ بأنعقاد العقد الذي استوفى الشكلية المطلوبة قانوناً، هذا هو الحكم في التشريع العراقي، بيد أن الحال محل خلاف في الفقه المصري إذ ذهب رأي إلى إن حق الدائن المرتهن ينشأ بمجرد العقد، ولا تتوقف نشأته على أي إجراء لاحق، كأجراء الشهر مثلاً، لأن الشهر لازم لنفاذ الرهن في مواجهة الغير وليس لنشأة الحق ذاته. وسندهم في ذلك هو أن المشرع المصري يجري في نصوصه على عدم التمييز بين العقد والحق، فالرهن تارة هو العقد المنشئ للحق، لا يستقيم إلا مع اعتبار الحق في الرهن ملازما للعقد، وناشئاً عنه مباشرة. ثم أن المذكرة

(١) راجع ص٢٨ من هذا البحث.

الايضاحية للقانون المدني المصري تعبر عن هذا المعنى بقولها : ((أن عقد الرهن يرتب حقاً عينياً على العقار المرهون، ويترتب هذا الحق دون حاجة إلى القيد فيما بين المتعاقدين، ولا ينفذ في حق الغير إلا بالقيد))[١].

في حين اعترض البعض على هذا الرأي معللاً أن ((المصدر الحقيقي للرهن الرسمي، هو واقعة القيد ... أما العقد فلا يمكن أن ينشأ عنه التأمين العيني بما يستوجبه من حق التقدم وحق التتبع، ذلك أن العقد يقتصر أثره في الأصل على المتعاقدين ولا يتعداه إلى الغير، ولذلك فهو لا ينشأ إلا عن تلك الواقعة القانونية التي جعلها القانون مصدرا للتأمين العيني ... فالواقع ان حق الرهن لا وجود له فيما بين المتعاقدين ولا ينشأ عن عقد الرهن . وهو إذ نشأ كان حتما نافذا في حق الغير، وإلا لما كانت هناك فائدة من وجوده)) [٢].

ويترتب على هذا الاختلاف بين التشريعين العراقي والمصري، في أن الشكلية مطلوبة في الأول كركن انعقاد بينما هي في الثاني مجرد وسيلة إشهار لنفاذ الرهن في مواجهة الغير وليس لنشأة الحق ذاته، فالتشريع المصري يأخذ بفكرة (عدم السريان) التي لا يعرفها التشريع العراقي لأنه يقرر البطلان –الذي سنتعرض إليه لاحقا– كنتيجة على عدم اتباع الشكلية المطلوبة قانوناً.

ويغلب أن يكون الشكل الخاص هو تحرير ورقة رسمية تدون فيها إرادة الطرفين فهذه الورقة هي المعيار المعتمد لوصف تصرف ما بأنه شكلي، وذلك بتقييد أرادة

(١) د. سمير تناغو، التأمينات العينية على الطائرات حسب اتفاقية جنيف (١٩٤٨)، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية التي تصدرها كلية الحقوق بجامعة عين شمس، ١٩٦٥، العدد (٢)، السنة (٧)، ف٢٦، ص٩٥.
مشار إليه لدى د. سهام عبد الرزاق، الرسالة السابقة، ص٩٣.

(٢) د. منصور مصطفى منصور، التأمينات العينية، مطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٦٣، ص٧٦؛ د. سهام عبد الرزاق، الرسالة السابقة، ص٩٣.

صاحب التعبير في اختياره الطريقة التي يعبر بها عن أرادته، وتدعيم الشكلية المطلوبة ببطلان التصرف الذي يخلو منه[١] وشريطة أن يكون رسمياً[٢] ومخصصاً[٣].

هذا وبعد أن فرغنا من الكلام عن هذا الضرب من الشكلية في العقود، فأن التساؤل يثور عن الآثار التي تترتب على تخلفها في نفاذ هذه العقود.

المبحث الثاني

الآثار التي تترتب على قيام الشكلية العلنية غير المباشرة على نفاذ العقد

تعد الشكلية في العصر الحديث شكلية مرشدة، فهي شكلية ليست مقصودة لذاتها، بل لتحقيق أغراض بعينها كحماية أحد المتعاقدين أو كلاهما أو حماية الغير، فضلاً عن التنبيه إلى خطورة التصرف المزمع إبرامه[٤]، فهي على خلاف الشكلية في القانون الروماني، إذ إن هذه الأخيرة كانت شكلية مقصودة لذاتها، ودون إيلاء النظر إلى الإرادة ذاتها، فشكل يقوم بحماية المتصرف من التسرع في اتخاذ قراره ويدعوه إلى الإمعان ويسمح لكل من المتعاقدين بتصحيح رأيه والتزام الدقة واليقظة في تفكيره حول ماهية التصرف الذي يقدم عليه ومدى خطورته، لاسيما في العقود المتعلقة بالعقار أو الشركات وغيرها من العقود الهامة[٥]، حيث تختص الشكلية مدار بحثنا هذا بتنبيه

(١) أنظر المواد (١٢-١٤) من قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩.

(٢) راجع د. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٧، ف٥١، ص٧٣، ٧٤ .

(٣) د. سهام عبد الرزاق، الرسالة السابقة، ص٩٥؛ د. علي البارودي، مبادئ القانون البحري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٥، ف٢١٥، ص٢٦٠.

(٤) د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٦، ص٣٨١.

(5) Les Obligations, Prēcis Dalloz 7em Edition, 1999 Terre, Simpler, Yves liquette, Droit Civil.

المتعاقدين بالتصرفات القانونية المراد إبرامها، وتحقق لهذه التصرفات صياغة منضبطة تؤدي إلى تلافي كل العيوب التي قد تصاحب إبرامها من ناحية الموضوع، وتؤدي كذلك إلى إعداد دليل إثبات على حدوث التصرف.

وبالنسبة للرضا يمكننا القول بأن الشكل يشكل دعامة أساسية لحمايته، فعيوب الرضا تقل في التصرف الشكلي عنه في التصرف الرضائي.

وتأسيساً على ما تقدم إن الشكل وسيلة وقائية لحماية المتصرف من التسرع والوقوع في الغلط، فكما أنه من السهل إجبار شخص على التعاقد شفاهة لكن يصعب هذا في تصرف شكلي رسمي، فالإكراه نادر في التصرفات الرسمية.

هذا ولا نغفل الإشارة إلى أن الشكلية تسمح بالتجديد الدقيق لتاريخ ومكان إبرام التصرف ولا يخف هنا ما لهذا التاريخ من أهمية تتجلى في تحديد القانون الواجب التطبيق عليه، إذا صدر قانون جديد يلغي أو يعدل القانون السابق، فمن المتفق عليه، أن العقد إذا قام صحيحاً فإنه يرتب التزامات معينة في جانب أحد الطرفين أو كليهما وقد يترتب عليه تعديل حقوق قائمة أو نقلها أو إنهائها، وعليه فالقانون هو الذي يقرر إلزام ما يتضمنه العقد من أحكام ويحيط ذلك بالجزاء ليكفل احترامها وهذا ما يسمى بالقوة الملزمة للعقد(١).

وقد كان نفاذ العقد مثاراً للجدل بين فقهاء القانون على اعتبار هذا النفاذ يقضي على مبدأ نسبية العقد فلا يمكن للعقد أن يلزم الغير أو يكسبه حقوقاً إلا استثناءً، ولعل نفاذ العقد برز في التطور الفقهي الحديث عندما تزايدت العلاقات الاقتصادية

نقلاً عن الاستاذ محمد زحزاح والأستاذ يوسف يحياوي، آثار تخلف الشكلية غير المباشرة على نفاذ العقود، بحث منشور في مجلة القانون والأعمال، ٦٠٧ قانونية Facebook Views ٢٠١٦/٥/٤، ص٣، ٤.

(١) أنظر بهذا المعنى، الاستاذ عبد الباقي البكري والاستاذ زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، شركة العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، الطبعة الثانية، ٢٠١٠، ص١٢٩، ١٣٠؛ الأستاذ محمد زحزاح والاستاذ يوسف يحياوي، البحث السابق، ص٤-٦.

والاجتماعية والتجارية، فتطورت على أثر ذلك مجموعة من العقود التي تستمد نجاعتها من نفاذها، ومن ذلك على سبيل المثال عقد الشركة، بحيث لا يمكن تصور عقد في إطار المتعاقدين الشركاء فقط دون أن تكون هذه الشركة نافذة في مواجهة الجميع، لذا كان من الضروري التفرقة بين النفاذ والإلزامية، فالعقد نافذ بمعنى أنه بمجرد وجوده قد يتضرر منه أشخاص أو يستفيد منه آخرون بصفة غير مباشرة نظراً لاعتباره عنصراً من عناصر الحياة القانونية(١).

وانطلاقاً من كل هذه المعطيات سنتولى التعرض إلى هذا النقطة الجوهرية في مطلبين نفرد اولهما للكلام في محدودية نطاق العقد ونعرج في الثاني على أثر تخلف الشكلية غير المباشرة على فاعلية العقد.

المطلب الأول

محدودية نطاق العقد

كما هو معلوم إن الحرية التعاقدية عامة في معاملات الإفراد وتصرفاتهم، فبمقتضاها يكون بوسعهم القيام بإبرام العقود والتصرفات حسب الطريقة التي تلاءمهم، غير أن القانون قد يورد في بعض الأحيان قيوداً على تلك الإرادات فلا تكون للافراد تلك الحرية التعاقدية وإنما يتوجب عليهم إتباع ما ينص عليه القانون في هذه الحالة من إجراءات مرسومة، وغالباً ما تكون هذه الإجراءات شكلية غير مباشرة حيث أن العقد لا يكون نافذاً على الوجه المطلوب، إذا ما أخل المتعاقدان بذلك وهو ما يترتب عليه أثراً جزئياً أو ربما كلياً على الفاعلية القانونية للعقد.

هذا وقد أشرنا آنفاً أن القانون في غالب الأحيان التي يفرض فيها الشكلية غير المباشرة إنما يسعى من وراءها إلى السماح للغير بالاطلاع على الوضع الحقيقي للأمور فلا يحتج مثلاً بوجود شخص معنوي كالشركة على الغير إلا بعد استيفاء

(١) د. خليل أحد حسن، قدادة الوجيز في شرح القانون المدني، ج١، مصادر الالتزام، بدون دار نشر، ٢٠٠٤، ص١٠٥-١٠٧.

إجراءات التسجيل المنصوص عليها في هذا الإطار، حيث إن الشركة التي لم يشهر عقدها تكون عرضة للانقضاء بين الشركاء ولا يحتج بها على الغير(١).

ومن ذلك أيضاً ما يشترطه المشرع لنفاذ عقد الرهن في مواجهة الغير، حيث تلعب الشكلية غير المباشرة متمثلة في إجراء القيد دوراً هاماً في حسم النزاع الذي يمكن أن ينشأ بين الحائز والدائن المرتهن فنجد أن تاريخ القيد أو التسجيل هو الذي يحدد مسألة النفاذ فأن كان الحائز قد سبق إلى تسجيل عقده وما يترتب عن ذلك من انتقال ملكية العقار يكون حقه نافذاً في مواجهة الدائن المرتهن مهما كان تاريخ إنشاء الرهن سابقاً لإبرام البيع، فالأولوية تعود للحائز الذي سبق إلى استيفاء شكلية القيد أما إذا كان الدائن قد قيد حقه قبل انتقال الملكية إلى الغير فيكون له استعمال حقه في تتبع العقار والحجز عليه أن تطلب الأمر لاستيفاء حقه فالقانون يحمي الغير بقواعد خاصة عندما يكون غير معنياً بالعقد يعطيه حق الاعتراض وهذا يتطلب تحديد حالات عدم النفاذ بنصوص خاصة وحصر الغير المعنى بالنفاذ، حيث يختلف هذا الغير من حالة إلى أخرى وفقاً لاختلاف مصلحته في الاعتراض ومعنى ذلك ان من له مصلحة في الاعتراض بالصورية يختلف حتماً عن من لهُ مصلحة في الاعتراض على التسجيل، فهنا يمكن ضبط طائفة الغير المعني بالنفاذ بتحديد الأشخاص الذين لهم مصلحة في الاعتراض أو من لهم حق معارض(٢).

---

(١) راجع ما سبق من هذا البحث، ص٤٧؛ وأنظر د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج١، ص١٥٣.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١٠، ص٤٣٤، ٤٣٥ و ٤٤٠؛ الأستاذ محمد طه البشير و د. غني حسون طه، الحقوق العينية، الحقوق العينية الأصلية، الحقوق العينية التبعية، ج٢، شركة العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، الطبعة الرابعة، ٢٠١٠، ص٤٣٦، ٤٣٧ و ٤٥١ و ٤٥٢؛ د. محمد سليمان، نفاذ العقد، أطروحة دكتوراه، الجزء الأول، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ٢٠٠٤، ص١٦٩؛ نقلاً عن الأستاذ محمد زحزاح والاستاذ يوسف يحياوي، البحث السابق، ص٨؛ وأنظر كذلك المادة ٣١٦ من قانون التسجيل العقاري.

والحقيقة أنه لا يسع نطاق بحثنا هذا التطرق إلى كل الحالات التي قد تشترط فيها الشكلية غير المباشرة لتوضيح مسألة النفاذ، حيث أنه سيكون من العبث أن نحاول حصر جميع الإجراءات التي يمكن أن ينص عليها القانون في هذا المجال لأن ذلك سيستغرق الكثير من الوقت والجهد المضني ودون جدوى فمجال الشكلية غير المباشرة لم يعد مقتصراً على نوع محدد من التصرفات، لأن المشرع قد نص عليها في العديد من القوانين واللوائح التنظيمية المختلفة(١).

ولعل مسألة تحديد الغير المعني بالشكلية غير المباشرة سيكون أمراً أقل صعوبة من حصر تلك الإجراءات نفسها على الرغم من أن مفهوم الغير بحد ذاته ينطوي على الكثير من الغموض(٢).

وبناءً على ما تقدم فستقتصر دراستنا على ذكر بعض الحالات دون الأخرى تفادياً للإطالة والإكثار لتدليل على أن هناك علاقة وطيدة بين الشكلية غير المباشرة ونفاذ العقد، هذا من جهة ومن جهة أخرى تحديد طائفة الغير المعني بإجراءات الشكلية غير المباشرة، حيث أن توضيح معناها يستلزم ان يكون العقد نافذاً في مواجهة الكافة منذ اللحظة التي يبرم فيها صحيحاً، غير أن المشرع وفي كثير من الأحيان يشترط من المتعاقدين استيفاء تقنيات ما(٣).

---

(١) ففي القانون المدني –نجده ينص على قواعد الإثبات وهي شكلية غير مباشرة وفي القانون التسجيل العقاري نجده ينص على إجراءات القيد والتسجيل وهي شكلية غير مباشرة وفي مجال القانون الإداري رأينا أنه قد اشترط العديد من الإجراءات كالترخيص المسبق، التصريح الإجباري، وغيرها.

وفي قانون الأحوال الشخصية وقانون التجارة ينص على شكلية التأهيل، وفي قانون الضرائب والرسوم نجده هو الآخر ينص على شكلية التسجيل... وغيرها.

(٢) أنظر بهذا المعنى: د. صبري حمد خاطر، الغير عن العقد دراسة مقارنة في القانونيين الفرنسي والعراقي، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٢، ص٣٤-٤١.

(٣) الأستاذ محمد زحزاح والأستاذ يوسف يحياوي، البحث السابق، ص٩، ١٠.

ويحدد لهم إتباع إجراءات مرسومة لكي يكون عقدهم نافذاً في مواجهة الجميع وتكون له فاعلية قانونية مطلقة، ومن هذا مثلاً أن يشترط المشرع التسجيل لنفاذ الكثير من التصرفات القانونية لاسيما العقارية منها أو يفرض شكلاً خاصاً للإثبات في بعض العقود، ومن ذلك ايضاً أن يشترط القانون على المتعاقدين مراعا بعض الإجراءات في تصرفاتهم تحت طائلة عدم النفاذ بدرجة ما.

وعليه سنتناول في هذا المطلب مدى تأثير الشكلية غير المباشرة على نفاذ العقود وذلك بتقسيمه إلى فروع ثلاث، نفرد الأول للكلام في تأثير شكلية الإثبات على نفاذ العقد ونتعرض في الثاني إلى تأثير شكلية التسجيل على نفاذ العقد أما الثالث فنعرج من خلاله على تأثير بعض الإجراءات القانونية على نفاذ العقد.

الفرع الأول: تأثير شكلية الإثبات على نفاذ العقد

كما هو معلوم إن الشكليات الواردة في العقود قد تكون حصراً للإثبات، وذلك لتسهيل إقامة الدليل على هذه المعاملات وبناءها على نظام الشرعية والاستقرار[١].

وقد نظم المشرع طرق الإثبات بوضعه قواعد تلزم المتخاصمين، وعلى عكس الوقائع القانونية التي يمكن إثباتها بكل الوسائل، فإن إثبات التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها على مبلغ معين لا يكون إلا بمحرر عرفي أو رسمي، ومقتضى ذلك هو أن إنكار المدين يلزم الدائن من أجل استيفاء حقه أن يثبته كتابة[٢].

وإذا كان تخلف الشكلية المطلوبة للإثبات لا يعني انتفاء الحق ويبقى من الممكن إقامة الدليل على وجوده بوسائل إثبات أخرى حددها القانون كالإقرار واليمين مثلا، فإن بعض النصوص القانونية جاءت صريحة من حيث اشتراطهما للكتابة كدليل وحيد للإثبات في بعض العقود.

---

(١) د. محمد علي عبده، دور الشكل في العقود – دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٧، ص٢٢٤.

(٢) د. عصمت عبد المجيد بكر، شرح قانون الإثبات، مرجع سابق، ص٨٠و٩١؛ وأنظر المادة – ١٨– من قانون الإثبات العراقي.

فعلى سبيل المثال عقد التأمين حيث نجد المشرع العراقي يشترط في القوانين الخاصة بالتأمين لإبرام هذا العقد أن يكون مكتوباً، دون أن يحدد نوع الكتابة فهو أمر تركه لاتفاق الأطراف(١).

وعلى الرغم من أن عقد التأمين غير المكتوب يظل قائماً وينشأ صحيحا حتى ولو لم يحترم المتعاقدان شكلية الإثبات المتطلبة قانوناً حيث أن انعدام وسيلة الإثبات لا يرتب البطلان وأي منطق يقول ببطلان العقد لانعدام إثبات؟ وهل يبطل ما لا يمكن إثباته؟(٢).

هذا من جهة ومن جهة أخرى إن الإثبات في هذا المقام يتصل بالنفاذ حتما، حيث أن تخلف هذه الشكلية يجعل مسألة الإثبات عسيرة جداً إن لم نقل مستحيلة تماماً، وعليه، فعلى الرغم من التسليم بأن العقد ينعقد صحيحاً في هذه الحالة دون مراعاة شكلية الإثبات إلا أن نفاذه سيظل محدوداً، على نحو يتمكن معه كل طرف التنصل من الالتزامات الملقاة على عاتقه ما لم تكن في محرر مكتوب.

وفي هذا الصدد نجد المشرع الفرنسي يعتبر عقد التسيير الحر عقد رضائياً ينعقد بمجرد تطابق الإيجاب والقبول، فهو لا يشترط شكلاً خاصاً للانعقاد إلا أن الفقه الفرنسي قد انتقد بشدة هذا الموقف لا سيما عند إبرازه لأهمية العقد المكتوب للقيام بإجراءات الشهر والعلانية التي ينص عليها القانون من جهة، ومن جهة أخرى، إن كتابة العقد يعد أمر ضروري لحماية مصلحة المتعاقدين، وذلك لسهولة إثباته وتسجيله حيث يتسنى للمالك عندئذ أن يثبت طبيعة عقده عند ملاحقة الدائنين، كما يستطيع

(١) أنظر بهذا المعنى المادة –٣– أولاً من قانون التأمين الإلزامي من حوادث السيارات رقم ٥٢ لسنة ١٩٨٠؛ وكذلك المادة ١٢/٢ من قانون تنظيم اعمال التأمين العراقي رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٥.

(٢) الأستاذ محمد زحزاح والأستاذ يوسف يحياوي، البحث السابق، ص١٢؛ د. علي فيلالي، الشكلية في العقود، مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ع٣، لسنة ١٩٦٦، ص٧٢٦.

المدير الحر الذي يتمتع بعقد ثابت التاريخ أن يواجه من ألت إليه ملكية المحل التجاري عن طريق البيع فلا يكون نافذاً في حقه.

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن العقد غير النافذ أو العقد الذي يتعذر إثباته يساويان من الناحية العملية (العقد الباطل) رغم الفروق الكبيرة بينما يحتويه كلا العقدين من أوصاف قانونية(١).

وتأسيساً على ذلك يمكننا القول بأن تخلف الشكلية غير المباشرة في مجال الإثبات لا يمكن أن يؤدي إلى بطلان العقد لا يعني إطلاقاً عدم أهميتها كإجراء لابد للمتعاقدين أن يحرصوا على إثباته، ذلك أن الواقع العملي يساوي بين البطلان وعدم النفاذ على النحو السابق ذكره، ومن خلال ما تقدم ذكره تظهر الفاعلية النسبية للعقود التي أهملت فيها شكلية الإثبات، فالعقود حينئذ لا تكون لها فاعلية مطلقة، إذ أن هذه الأخيرة الفاعلية المطلقة تتوقف على عدم الطعن بصحة العقد أو وجوده.

فعلى الرغم من أن العقود التي تشترط فيها هذه الشكلية تظل صحيحة حتى ولو لم تحترم شكلية الإثبات، لأنها عقود رضائية في الأصل إلا أن القول بصحتها لا يعني أن تكون لها الفاعلية المطلقة من حيث النفاذ، بل وفوق ذلك إن هذه العقود ستكون لها فاعلية نسبية، بحيث أن نفاذها سيبقى مرهوناً بالإقرار وعدم الإنكار.

وأخيراً نصل إلى نتيجة مفادها إنه لابد من القول بعدم الخلط بين ضرورة وجود عقد مكتوب يوضع كشرط للصحة وضرورة وجود عقد مكتوب من أجل الإثبات.

فإذا كانت الكتابة بقصد الإثبات، فإن غيابها لا يؤثر على صحة العقد ولكن من الناحية العملية، إن العقد الذي لا يمكن إثباته يعتبر عقداً عديم الجدوى، وبالتالي لا يكون نافذاً بين الأطراف وحتى في مواجهة الغير.

---

(١) وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن المشرع إذا كان يشترط الكتابة شرطاً وحيداً للإثبات فلا مجال للبحث عن دليل أخر، راجع في تفصيل ذلك، د. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج١، العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، بدون سنة طبع، ص١٤٩. مشار إليه لدى الأستاذ محمد زحزاح والأستاذ يوسف يحياوي، البحث السابق، ص١٣، حاشية رقم ١٣.

وهذا يعني أن قواعد الإثبات ستدفع بالمتعاقدين إلى كتابة العقد[١].

الفرع الثاني: تأثير شكلية التسجيل على نفاذ العقد

أشرنا فيما سبق من هذا البحث أن الأصل في التعاقد هو الرضائية وما الشكلية سواء استثناء، إلا أن الاتجاه إلى إخضاع العقود لشكلية معينة أخذ بتزايد تدريجياً حيث أصبح التشريع الحديث يعلق صحة بعض العقود ونفاذها على توافر شكلية معينة وأن مقتضيات التسجيل ليست إلا إحدى وجوه شكلية العقود وهي شكلية غير مباشرة[٢].

وكما هو معلوم أن الشكلية غير المباشرة إنما تستهدف في الكثير من الأحيان حماية الغير الذي لم يكن طرفاً في العقد، حيث أن هذا الأخير يسعى دائماً إلى العلم ببعض لتصرفات التي تبرم هنا وهناك، على الرغم من أنه يظل بعيداً عن العقد وفقاً لمبدأ نسبية العقد، إلا أن الغير الذي يهمه أمر هؤلاء المتعاقدين فهو شخص ما يكون على علاقة بأحد أطراف التصرف، ومن ذلك أن يكون دائنا لأحدهما. وعلى هذا الأساس فقد فرضت بعض إجراءات الشكلية غير المباشرة كأداة الإخطار هذا الغير وإعلامه بما يحدث ليكن على بين بالتغيرات التي قد تطرأ على الضمان العام لمدين، فيبادر إلى حماية حقوقه بالطرق المحددة قانوناً[٣].

ولكن ليس من المنطق أن نحصر الأهداف التي فرضت لأجلها إجراءات الشكلية غير المباشرة في حماية الغير، لأنها جاءت في الوقت ذاته لتحمي أطراف العقد وتجعل من تصرفاتهم نافذة سواء بينهم أو في مواجهة الغير.

فعلى سبيل المثال نجد أن المادة (٥٠٨) من القانون المدني العراقي تؤكد على ضرورة التسجيل لنفاذ العقد سواء بين المتعاقدين أو في مواجهة الغير بقولها: ((بيع

(١) الأستاذ محمد زحزاح والأستاذ يوسف يحياوي، البحث السابق، ص١٤.

(٢) د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص٢٦٩؛ وكذلك راجع ما سبق من هذا البحث ص٨ .

(٣) من ذلك مثلاً تقرير دعوى عدم نفاذ التصرف المنصوص عليها في المادة (٢٦٣) مدني عراقي.

العقار لا ينعقد إلا إذا سجل في الدائرة المختصة وأستوفى الشكل الذي نص عليه القانون)).

وعلاوة على ذلك نجد المشرع يخضع كثيراً من التصرفات الهامة إلى نظام التسجيل، كما هو الحال بالنسبة للتصرفات الواردة على العقارات والمحل التجاري وإنشاء الشركات، وكذلك المعاملات الواردة على السفن وغيرها.

وهذه كلها تصرفات يهم الغير أن يطلع عليها، فلا تكون نافذة تجاهه إلا إذا روعي الشكل المطلوب(١).

هذا يظهر لنا جلياً أن نفاذ بعض العقود قد يكون نسبياً إذا لم تراعى إجراءات الشكلية غير المباشرة لاسيما التسجيل، حيث أن هذه الأخيرة قد تؤثر على الفاعلية القانونية للعقود تأثيراً بالغاً يؤدي إلى عدم نفاذها بصورة أو بأخرى.

وعليه يمكن القول أن عدم مراعاة هذا النوع من الأشكال يجعل من نفاذ العقد أمراً نسبيا، فيكون نفاذه مقتصراً على طائفة دون غيرها، أو أن النفاذ يقتصر على جزء من العقد دون آخر(٢).

الفرع الثالث: تأثير بعض الإجراءات القانونية على نفاذ العقد

بعد أن تطرقنا في محور بحثنا هذا إلى تأثير شكلية الإثبات على نفاذ العقد وتأثير شكلية التسجيل على نفاذه بقي أخيراً أن نقف على، بعض الإجراءات الهامة التي فرضها المشرع في سبيل تنظيم بعض المعاملات والتصرفات القانونية والآثار التي تترتب عليها.

(١) الأستاذ محمد زحزاح والأستاذ يوسف يحياوي، البحث السابق، ص١٧، ١٨ .

(٢) ومثال ذلك أن عقد البيع العقاري غير المسجل يكون نافذاً بين أطرافه في جزء دون أخر، أما الجزء الذي ينفذ فيه فهو ما يتعلق بالالتزامات المتقابلة للمتعاقدين، أما الجزء الذي لا يكون نافذاً فهو ذلك المتعلق بنقل الملكية. وأنظر بهذا المعنى د. معوض عبد التواب، السجل العيني علماً وعملاً، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٩، ص٥٦.

ومن بين ذلك نجده يعلق اكتساب العلامة التجارية على اتمام اجراءات إدارية خاصة لاسيما إجرائي الإيداع والتسجيل حيث تؤدي هذه العملية إلى منح المودع حقوقاً شرعية من الناحية القانونية.

وهذا ما تؤكده المادة (١٥) من قانون العلامات والبيانات التجارية رقم (٢١) لسنة ١٩٥٧ المعدل بموجب أمر سلطة الائتلاف المنحل رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٤ الذي ينص على: ((١-يمنح مالك العلامة بمجرد إتمام تسجيلها شهادة تشتمل على البيانات الواردة في النشرة أنفة الذكر. ٢-يعتبر تسجيل العلامة التجارية قرينة إثبات على قانونية والحق في ملكية العلامة التجارية في كل دعاوي القانونية)) [(١)].

ويختص بملكية العلامة من كانت له الأسبقية في إيداعها أو تسجيلها وهذا ما يتضح جلياً في المادة (٦) من الأمر ٦/٣ آنف الذكر الذي ينص على أنه: ((أنه ما عدا في حالة انتهاك الحق فأن العلامة ملك لشخص الأول الذي استوفى الشروط المحددة لصحة الإبداع أو الشخص الذي أثبت أولوية لإيداعه في مفهوم اتفاقية باريس ١٨٨٣ المعدل)) التي كان العراق من الدول الموقعة عليها منذ عام ١٩٧٥[(٢)].

ومن هنا نستشف أن المشرع الجزائري قد رتب آثاراً بالغة الأهمية على هذا الإجراء بحيث يعتبر امتلاك العلامة التجارية نافذاً في مواجهة الكافة بعد التسجيل. كما نجده ذهب إلى حماية العلامات المشهورة من خلال المادة ٤/٩ من الأمر اعلاه الذي

---

(١) وتقابلها المادة (٩) من الأمر ٦/٣ المؤرخ في ١٩/يوليو/٢٠٠٣ جزائري المتعلق بالعلامات والتي تنص على أنه: ((يخول تسجيل العلامة لصاحبها حق ملكيتها على السلع والخدمات التي يعينها لها)).

وأنظر بهذا المعنى د. عبد الحميد الشواربي، إجراءات الشهر العقاري في ضوء القضاء والفقه، دار المطبوعات الجامعية، إسكندرية، ١٩٨٦، ص١١٠، ١١١.

(٢) القاضي، محمد عبد طعيس، أحكام العلامة التجارية، مقال منشور على موقع مجلس القضاء الأعلى، السلطة القضائية الاتحادية.

http://www.iraqja.iq/view.66B –in 1/12/2017.

بمقتضاه يخول صاحب العلامة حق منع الغير من استغلالها دون رضاه وهذا ما يؤكد نفاذ هذا الحق في مواجهة الغير.

وفي العراق نجد المادة (٢) من قانون تعديل قانون العلامات والبيانات التجارية رقم (٢١) لسنة ١٩٥٧ ذا الرقم (٩) لسنة ٢٠١٠ نصت على أنه: ((أولاً: يمسك في وزارة الصناعة والمعادن سجل يكون بعهدة المسجل تدون فيه جميع العلامات والبيانات التجارية وأسماء أصحابها وعناوينهم وأوصاف بضائعهم وللمجهور حق الاطلاع عليه وأخذ صورة مصدقة منه بعد دفع الرسوم المثبتة في الجدول الملحق بهذا القانون.

ثانياً: تقوم وزارة المذكورة باستيفاء الرسوم المنصوص عليها في الجدول الملحق بهذا القانون عن نشاط العلامات والبيانات التجارية.

ثالثاً: تستقطع وزارة الصناعة والمعادن نسبة (١٠%)عشرة من المئة من الرسوم بموجب البند (ثانيا) من هذه المادة لتغطية كلف إدارة نشاط العلامات التجارية.

رابعاً: تؤل الرسوم التي يتم استيفائها بموجب البند (ثانياً) من هذه المادة إلى وزارة المالية بعد استقطاع النسب المنصوص عليها في البند (ثالثاً) من هذه المادة وتسجل إيراداً نهائياً للخزينة العامة)).

نستشف من هذا النص إن المشرع أخذ بعين الاعتبار الإجراءات الشكلية لتسجيل العلامة التجارية لدى وزارة الصناعة والمعادن تركاً الأمور المتعلقة بملكية العلامة التجارية ومدى الاحتجاج بها في مواجهة الغير إلى القواعد العامة الواردة في القانون المدني.

هذا وتجدر بنا الإشارة إلى أن إجراء التسجيل يعطي تاريخاً ثابتاً للتصرف أو الواقعة، وهذا التاريخ بدوره يمكن أن يكون وسيلة إثبات في حالة غياب الوسائل الأخرى، ويعد التاريخ ثابتاً وفقاً لنص المادة (٧١) من قانون التسجيل العقاري ابتداءً من يوم تسجيله وثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام.

ومهما يكن فإن تخلف التاريخ الثابت يعد من أهم الحالات التي تؤدي إلى عدم النفاذ في العقود[١].

المطلب الثاني

تمييز الغير المعني بالشكلية غير المباشرة مما يشتبه به من الأوضاع القانونية

ذكرنا في صفحات السابقة إن الدور الحمائي للشكل لا يقتصر على أطراف التصرف بل يتعداه إلى حماية الغير الذي جُلَ همهِ ما قد يطرأ على أموال مدينهِ من تغيرات على اعتبار إن أموال هذا الأخير كلها ضامنة للوفاء بديونه، وعليه قد أفصح المشرع في نصوص عديدة بعدم إمكانية الغير في بعض الأحيان أن يعلم بما قد يطرأ على الضمان العام، إلا من خلال إجراءات الشكلية غير المباشرة، لاسيما التسجيل، ومتى كان هذا الغير هو المقصود من وراء فرض هذه الشكليات لمغزى من الأجدر أن نتعرض لهذا المفهوم الذي لم يرد له تعريف موحد سواء في التشريع أو الفقه بل أن جانبا من شراح القانون ذهب إلى حد القول أن لا يوجد مصطلح في القانون على درجة من الغموض على ما هو عليه هذا المصطلح.

وقد استعمل المشرع لفظ (الغير) في عدد من النصوص القانونية دون أن يوضح المراد من وراء هذا المصطلح، ولعل السبب في إغفال هذه المسألة يعزى إلى الدلالات المختلفة التي يؤديها نفس اللفظ ولكن في مواضيع مختلفة، فالغير في التسجيل بمختلف عن الغير في الصورية[٢].

كما يختلف أيضاً عن الغير في ثبوت التاريخ أو الغير بالنسبة لأثار العقد، وهذا ما سنتولى تفصيله تباعاً في فروع أربعة تفرد الأول منها للكلام عن الغير المعني

(١) د. جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٥٦، ص١٤٧.

(٢) د. علي فيلالي، الشهر العقاري في ضوء القضاء الجزائري، المقال السابق، ص٤٠٨.

بالتسجيل ونكرس الثاني لعرض الغير في الصورية أما الثالث فنعرج من خلاله على الغير في ثبوت التاريخ، وأخيراً نتطرق إلى الغير بالنسبة لآثار العقد.

الفرع الأول: غير المعني بالتسجيل

على الرغم من عدم تحديد المشرع ما يعنيه مصطلح الغير، حين اشتراط التسجيل لنفاذ التصرفات القانونية تجاهه، إلا أنه وبالرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني فإنه يتضح أن المقصود بالغير مدار البحث كل شخص غير المتعاقدين[١]، فيعد بالتالي من الغير الذين لا تسري عليهم الحقوق غير المقيدة في السجل العيني، الخلفاء الخصوصيون الذين اكتسبوا حقوقاً على العقار، وكذلك الدائنون العاديون وجماعة الدائنين في حالة إفلاس صاحب الحق في العقار.

أما الوراثة أو الموصى لهم بوجه عام، فلا يعتبرون في الأصل من الغير، إذ أنهم يحلون محل مورثهم في التصرفات التي أجرها هذا الأخير، ويلزمون بالتالي بتنفيذ جميع التصرفات الصادرة عنه بما لا يتجاوز قيمة الحصة التي يلزمون فيها بأجراء هذا التسجيل بعد حلولهم محل مورثهم في ملكية العقار المبيع، ولذلك فلا يعتبر الورثة هنا من الغير، ولكن الأمر هنا يختلف إذا كان المورث قد أجرى التصرف إضراراً بهم، كما لو تصرف بالتركة عن طريق الهبة أو الوصية بأكثر من (الثلث) وهو النصيب الشرعي والقانوني الذي يحق له التصرف به، ففي هذه الحالة لا تسري تصرفاته على الورثة الذين يعتبرون من الغير في ما زاد عن النصاب المذكور.

ونجد في التشريع العراقي وكذا في التشريعات المقارنة له أن كثيراً من التصرفات القانونية والإجراءات لا تكون نافذة في حق الغير إلا إذا روعي إجراء التسجيل ومن ذلك مثلا:

- يصبح عقد الرهن صحيحاً عندما يستوفي شروط الانعقاد الموضوعية والشكلية[٢]،

(١) د. صبري حمد خاصر، الرسالة السابقة، ص٣٤-٤٠.

(٢) راجع في ذلك المواد: ١٢٨٦-١٢٨٩ مدني عراقي؛ والمواد ١٠٣١-١٠٣٦ مدني مصري؛ والمواد (٨٨٢-٩٣٦) مدني جزائري .

غير أن انعقاده بهذه الصورة لا يكفي للاحتجاج به على الغير بل اشترط المشرع تسجيل الرهن التأميني، أو ما يسمى بقيده حتى يصبح نافذاً في حق الغير[١]، فالمقصود بالغير هنا كل شص قد يتضرر من ميزتي التقدم والتتبع عدا الراهن وخلفه العام[٢].

- ويكون التصرف صحيحاً بين طرفيه وغير نافذ في مواجهة الغير في كثير من الحالات الأخرى، كالتصريح بالرغبة في الشفعة، الذي لا ينفذ في مواجهة الغير ما لم يكن مسجلا، والغير في هذه المسألة هو كل شخص عدا الشفيع[٣].
- وكذلك الحال بالنسبة لحجز العقار فإن المشرع أوجب قيده لترتيب أثار منع التصرف وتقييد سلطة المالك في استغلاله، وتسري هذه الآثار من يوم التسجيل[٤]، ولا يكون التصرف نافذاً في حق الغير إلا ابتداءً من ذلك اليوم، ونعني بالغير في هذه المسألة الحاجز أو الراسي عليه المزاد.
- هذا وقد نصت العديد من مواد القانون التجاري لاسيما تلك التي تناولت تنظيم أحكام الشركات التجارية شكلية التسجيل واعتبرت أن هذه الشركات لا يحتج بها نحو الغير ما لم تسجل ((ويقصد بالغير في هذا المقام كل من الدائن الشخصي لأحد الشركاء ودائني ومديني الشركة. وهؤلاء جميعا يكون لهم الخيار بين طلب البطلان أو الإبقاء على الشركة في حالة عدم القيد في السجل التجاري حسبما يتفق مع مصلحته؛ ذلك لأنه لا يمكن أن نعزي أي خطا إلى الغير دون مراعاة هذا الإجراء)) [٥].

(١) راجع المادتين ٣٠٥، ٣٠٦ من قانون التسجيل العقاري.

(٢) راجع د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج١٠، ف١٨٧-ف١٨٨، ص٤٢٦-٤٣١.

(٣) أنظر المادة (١١٣٨) مدني عراقي، والمواد ٩٤٠-٩٤٢ مدني مصري، والمادة ٨٠١ مدني جزائي .

(٤) أنظر هذا المعنى المواد ٧٥-٩٣ من قانون التنفيذ العراقي رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠.

(٥) عبد الحميد الشواربي، إجراءات الشهر العقاري في ضوء القضاء والفقه، ص٧٢٢.

الفرع الثاني: غير المعني بالصورية

نصت المادة (١/١٤٧) من القانون المدني العراقي على أنه: ((إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص إذا كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد المستتر)) [١].

والصورية وفقاً لهذه المادة تلك العملية التي يكون الهدف منها خلق وضعية قانونية ظاهرة تختلف عن الوضعية الحقيقية، فهنا تكون أمام عقدين مختلفين أحدهما مستتر يعبر عن حقيقة التصرف، والآخر صوري ظاهري يهدف إلى تغليط الغير، وقد أجاز المشرع إمكانية الطعن في هذه العقود الصورية حماية لهذا الأخير الذي يتضرر من التصرف الصوري[٢].

والحقيقة إن الغير المعني في هذا المقام هو الدائن لأحد المتعاقدين بحيث يكون له الحق في مواجهة مدينه، ويجوز للخلف الخاص الذي يكتسب حقه بسبب مغاير للتصرف الصوري أو الحقيقي الطعن في صورية التصرف حسب مصلحته، هذا وإن كان المشرع قد أجاز التصرف الصوري فتنشأ عنه وضع ظاهري مخالف للحقيقة، إلى جانب تسجيل العقد الظاهر الذي يمنحه حماية معينة تجاه الغير إلا أنه مقابل ذلك أجاز للغير حسن النية أن يطعن في العقد رغم تسجيله، إذ لا يمكن للتسجيل أن يجعل من العقد الصوري عقداً حقيقياً، بل يشترط لنقل الملكية أن يرد التسجيل على عقد صحيح[٣].

ونستشف مما تقدم أن الغير في الصورية يختلف عن الغير في إجراءات الشكلية غير المباشرة لاسيما التسجيل على النحو السالف ذكره.

---

(١) وتقابلها المادة (١٩٦) مدني جزائري .

(٢) المحامية منال داود العكيدي، أثر الصورية على بطلان العقد في القانون العراقي، مقال منشور في صحيفة التآخي، الصادر عن دار التآخي للطباعة والنشر، ع٧٥٠٥، في ٢٠١٧/١٢/٢٨.

(٣) أنظر بهذا المعنى د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص٣٣٧، ٣٣٨.

الفرع الثالث: غير المعني بثبوت التاريخ

لا يمكن تحديد مفهوم الغير بالنسبة لثبوت التاريخ إلا من خلال السياق الذي ورد فيه اللفظ، حيث أن لمفهوم الغير في هذا المحور من البحث صور شتى، إذ أوضحت بعض القوانين المدنية بأنه لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت، ويكون تاريخ العقد ثابتاً ابتداءً من يوم تسجيله(١).

وكذلك أوضحت هذه القوانين إن الإيجار الصادر من الراهن لا ينفذ في حق الدائن المرتهن إلا إذا كان ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه بنزع الملكية، أما إذا لم يكن الإيجار ثابت التاريخ على هذا الوجه، أو كان قد عقد بعد تسجيل التنبيه ولم تعمل فيه الأجرة فلا يكون نافذا إلا إذا أمكن اعتباره داخلاً في أعمال الإدارة الحسنة وإذا كان الإيجار السابق على تسجيل التنبيه تزيد مدته على ثلاث سنوات، فلا يكون نافذا في حق الدائن المرتهن إلا لمدة ثلاث سنوات من تاريخ البدء بسريان الإيجار، ما لم يكن قد سجل قبل قيد الرهن(٢).

كما يمكننا القول في هذا الصدد بأن المخالصة بالأجرة مقدما لمدة تزيد على ثلاث سنوات، وكذلك الحوالة بها لا تكون نافذة في حق الدائن المرتهن، إلا إذا كان تاريخها ثابتاً وسابقاً لتسجيل تنبيه نزع الملكية(٣).

---

(١) تجدر الإشارة في هذاالمقام أن تسجيل العقد العرفي لا يكسبه الرسمية بل أقصى ما يفيده التسجيل في هذه الحالة هو إثبات التاريخ فقط، أما مضمون العقد فيبقى بعيداً كل البعد عن الرسمية وفي هذا قرار للمحكمة العليا ذا رقم ٢٦٢٤، مؤرخ في ١٩٩٠/٩/٢٤، منشور في المجلة القضائية الجزائرية ١٩٩٢، ع٢، ص٢٤؛ وأنظر بهذا المعنى د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج٢، ص١٧٩.

(٢) محمد طه البشير و د. غني حسون طه، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، ج٢، مرجع سابق، ص٤١٨؛ د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج١٠، ص٤٠٥؛ د. صبري حمد خاطر، الرسالة السابقة، ص١٦٦ وما بعدها.

(٣) د. أحمد بن علي بن الحميدي السعدي، دور غير المتعاقد في تنفيذ العقد، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، ط١، ١٤٣٧هـ-٢٠١٦م، ص٢٧٥، ٢٧٦؛ د. سعيد المبارك و د. طه الملا

وتأسيساً على ذلك يمكننا القول بأن المراد بلفظ (الغير) في هذه المسألة ليس هو الذي عناه المشرع حينما نص على شكلية التسجيل، كما أوضحنا فيما سبق ولا هو كالغير في الصورية.

فالدان العادي الذي اعتبره المشرع من الغير في الصورية لا يكون كذلك في ثبوت التاريخ، فيحتج عليه بالتصرفات التي يقوم بها مدينه ولو كانت غير ثابتة التاريخ، مع أنه يحتفظ بحقه في الطعن بصحة التاريخ الوارد في الورقة العرفية بموجب الدعوى البولصية أو الدعوى غير المباشرة(١).

هذا ويختلف مفهوم الغير في ثبوت التاريخ، عنه في مسألة التسجيل، فنجد أن الغير في قيد الإيجار الوارد على العقار مثلا يختلف جزئياً عن مفهوم الغير بالنسبة لثبوت تاريخ العقد نفسه، حيث أن من يكتسب حقاً عينياً أصلياً يعتبر من الغير بالنسبة لثبوت تاريخ الإيجار، وأيضاً بالنسبة لتسجيل عقد الإيجار وذلك من وقت تسجيل حقه، أما بالنسبة لصاحب الحق العيني التبعي فإنه من الغير بالنسبة للتسجيل من وقت قيد حقه في التسجيل العقاري، ولكنه لا يعتبر من الغير بالنسبة لثبوت التاريخ إلا من وقت تسجيل تنبيه نزع الملكية، ويستثنى من ذلك الدائن المرتهن رهنا حيازياً، حيث لا يحتج عليه بعقد الإيجار إلا إذا كان تاريخه ثابتاً قبل ثبوت تاريخ عقد الرهن الحيازي(٢).

الفرع الرابع: غير المعني بآثار العقد

كما هو معلوم أن آثار العقد تقتصر على العاقدين دون غيرهم، تأسيساً على مبدا (العقد شريعة المتعاقدين) فلا يتصور في هذا المقام أن تنصرف هذه الآثار إلى من لم يكن طرفا في العلاقة التعاقدية إلا في الحالات الاستثنائية التي يمكن أن يقررها

حويش و د. صاحب عبيد الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة البيع – الأيجار – المقاولة، شركة العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ط٤، ١٤٣٠هـ-٢٠٠٩م، ص٢٣٨.

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج٢، مرجع سابق، ص٢١٢.

(٢) د. صبري حمد خاطر، الرسالة السابقة، ص١٧٠؛

CUNY (G.), des tiere, thēse Nancy, 1889, P.206.

المشرع إذا ما توافرت بعض الشروط[١]، غير أن جانباً من الفقه يرى بأن أثار العقد عموماً تنصرف إلى الغير ((وهذا ناتج عن الخلط بين مفهوم نفاذ العقد، ومفهوم الزامية العقد، فالعقد وإن كان غير ملزم للغير، فهو نافذ في مواجهته)).

((وهذا أمر بديهي، إذ لا يمكن الاستغناء عن العقد باعتباره من أهم المصادر المكسبة للحق في الحياة الاقتصادية، فبمقتضاه يتم إنشاء، وتعديل، وإنقضاء ونقل الحقوق، فلابد أن يكون نافاّ خارج إطار المتعاقدين ولا بد من احترامه من طرف الجميع)) [٢].

والحقيقة إن مفهوم الغير بالنسبة لآثار العقد يكاد ينحصر في طائفتين أثنين، وهما الغير الأجنبي، والدائنون العاديون.

المحور الأول: غير الأجنبي

وهو كل من كان اجنبياً عن العقد والمتعاقدين، فهو أجنبي عن العقد طالما لم يكن طرفا فيه، أي أن العقد لم يبرم لا باسمه ولا لحسابه[٣]، ويراد به كل من لم يكن طرفاً في العقد ولا خلفا عاماً أو خاصاً للمتعاقدين، وإن كان الخلق العام والخاص يعتبران من الغير في بعض الأحيان[٤]، فالخلف العام يكون من الغير إذا أثبت ان التصرف الصادر من سلفه كان في مرض الموت (م١٤٢/١ م.ع) وكذلك ف ي الوصية إذا زادت عن الثلث.

---

(١) وهنا تجدر الإشارة إلى إمكانية ترتيب آثار العقد في مواجهة غير المتعاقدين عند الاشتراط لمصلحة الغير وفقا لما نص عليه المشرع. راجع في تفصيل ذلك: د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون، مرجع سابق، ص٣٥٢ وما بعدها.

(٢) د. محمدي سليمان، نفاذ العقد، الرسالة السابقة، ص٨؛ مشار إليه لدى يوسف يحياوي، الشكية غير المباشرة على فعالية العقود، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة الجزائرا، ابن يوسف بن خدة، ٢٠١٤، ص٨١.

(٣) د. علي فيلالي، الشكلية في العقود، المقال السابق، ص٤٠٨.

(٤) د. عبد المجيد الحكيم، مرجع سابق، ص٣١٨؛ د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج١، م١، ص٦١٤.

ويعد الخلف الخاص غيراً، إذا كان العقد قد أبرم بعد انتقال ملكية الشيء إليه، أو كان الحق أو الالتزام الناشئ من العقد غير مكمل للشيء أو غير محدد له، أما الغير المقصود هنا فهو الغير الذي لم يكن طرفا في العقد ولا خلفا لأحد المتعاقدين، ويسمى بالغير الأجنبي أصلاً في العقد(١).

وعلى أية حال فهو مفهوم مغاير (للغير) الي تعنيه إجراءات الشكلية غير المباشرة.

المحور الثاني: الدائنون العاديون

من المقرر إن جماعة الدائنين حق الضمان العام على مجموع أموال المدين الحالة منها والمستقبلة، والتصرف المدين أما أن ينطوي على إثراء ذمته المالية أو افتقارها أو ينطوي على افتقارها.

ومعنى ذلك أن تصرف المدين أما أن يدخل أموالاً جديدة في ذمته، فينعكس ذلك بالإيجاب على الضمان العام بزيادته أو يعكس سلباً على الضمان العام من حيث انقاصه إذا ما كان تصرفه يخرج جزءاً من مجموع أمواله، وهو ما يضر بالدائنين حتماً.

وقد اختلف الفقهاء بشأن الطائفة التي ينتمي اليها الدائنون العاديون، حيث يرى جانباً منهم أنهم كالخلف العام فيسري عليهم ما يسري على الخلف العام من أحكام فيما يتعلق بآثار العقد، وذهب فريق آخر إلى القول بأن الدائنين العاديين إنما يكونون كالخلف الخاص لا الخلف العام(٢).

(١) د. صبري حمد خاطر، الرسالة السابقة، ص١٦٣ وما بعدها.

(٢) يوسف يحياوي، الرسالة السابقة، ص٨٣.

الخاتمة

بعد أن فرغنا من كتابة صفحات هذا البحث، لم يبقى لنا إلا أن نعرض ما تم تسجيله من استنتاجات، وما نأمل على المشرع الأخذ به من مقترحات :

أولاً: الاستنتاجات :

١- إن العقود بوجه عام لم تعد كما كانت في القانون الروماني تستمد صحتها من شكلها ففي وقتنا الحاضر ومع تقرير مبدا الرضائية في العقود بدأ الشكل بالتراجع وظهرت إلى جانبه أركان أخرى وهي المحل والسبب.

٢- من خلال اطلاعنا على النصوص القانونية المتعلقة بالملكية العقارية يتضح لنا جلياً ما تتمتع به هذه النصوص من أهمية بالغة في جوانب الحياة الاقتصادية والاجتماعية وأثرها البالغ في ترسيخ مبدأ استقرار المعاملات بين الأفراد والاطمئنان التام إلى عملية توثيق تلك التصرفات وضمان الحقوق المترتبة عليها بما ينسجم مع المتطلبات القانونية والإجراءات التي رسمها قانون التسجيل العقاري، وذلك من خلال الاهتمام بالتصرفات العقارية وضمانات توثيقها، حيث أحاطها بكلفة وسائل الحماية بموجب قيود وشروط لابد من تحققها، وفي حالة تخلفها فإن هذه الإجراءات المتخذة لغرض تسجيل هذه الملكية تكون غير صحيحة وبالتالي يصار إلى إبطالها.

٣- تعد الشكلية من وجهة نظرنا موضوعا هاما وخصبا للدراسة لم يحض بدراسات واعية وافية تبين دورها بوضوح في تنظيم المعاملات القانونية ومساهمتها الفعالة في ضمان الأمن والاستقرار فهي وسيلة فاعلة في توجيه المعاملات القانونية وفقاً للسياسة الاقتصادية والاجتماعية للدولة، وهذا هو نهج المشرع العراقي والمصري.

٤- إن التشريعات العراقية في هذا المجال من وجهة نظرنا تبدو ضئيلة في النص على مثل هذه التصرفات والعقود في الوقت الذي نحنو فيه بأمس الحاجة إلى توثيق التصرفات والعقود والتي تبرم في حياة الأفراد يومياً وبشكل متزايد ضمناً لحقوق الأفراد وحرساً على استقرار معاملاتهم.

٥- ان المشرع العراقي لم يساير في هذا الشأن نظيرهُ الجزائري الذي سلك اتجاها محموداً خلافاً للمشرع العراقي وذلك يتجسد في قيامه بفرض شكلية معينة ألا وهي الشكلية مدار البحث و هي تلك الاجراءات القانونية التي قد يستلزمها المشرع كشكل خاص لإثبات العقود أو نفاذها ورتب على تخلفها وقوع خلل في تلك التصرفات وذلك نظراً للجزاءات التي قد تلحق بمثل هذه التصرفات من جراء تخلفها أو عدم مراعاتها، وان وجدنا ان هذا المشرع يعتنق مبدأ الرضائية في نشأة التصرفات القانونية غير انه قد عدل عن هذا المبدأ في بعض الاحيان فقيّدهُ بالعديد من الصيغ والاجراءات الشكلية ووضع في سبيل احترامها عدة جزاءات تترتب على تخلفها، تتمثل في عدم النفاذ تجاه الغير بل وحتى فيما بين الاطراف احيانا، على ان هذا الجزاء لا يكون كافياً في بعض الاحيان، لذا اتجهت التشريعات إلى اقرار البطلان كجزاء استثنائي على مخالفة الشكلية غير المباشرة.

٦- هنالك غموض يشوب اجراءات المشرع بخصوص الشكلية، فأحياناً ورغم دلالة النصوص القانونية ووضوحها، الا ان هناك اختلاف في تأويل الشكلية المشترطة في بعض العقود اذ يشترط اجراء من الاجراءات القانونية التي تصنف بأنها شكلية غير مباشرة تحت طائلة البطلان. فهنا نتسأل عما إذا كانت الشكلية في الحالة هذه تكيف بأنها شكلية مباشرة فتكون بذلك ركناً في العقد يترتب على تخلفها البطلان؟، ام انها تبقى شكلية غير مباشرة فلا تتصل بانعقاد العقد بل لإثباته ونفاذه فقط رغم النص عن البطلان؟

٧- ان المشرع اغفل في احيان كثيرة ذكر الجزاء المترتب على مخالفة الشكلية غير المباشرة تاركاً ذلك للاجتهاد الذي يحللهُ انطلاقاً من اهمية الشكل في التصرف، فإن ظهر ان الشكل يتعلق بالمصلحة العامة أو النظام العام، كان الجزاء المترتب هو البطلان، واما ان كان هذا الشكل يتخذ دوراً حمائياً لمصالح المتعاقدين فقط فيكون الجزاء إما عدم الصحة أو تراخي بعض الآثار وان تعلق بالغير كان العقد غير نافذ في مواجهتهِ.

ثانياً: المقترحات:

ومع كل ما سبق قوله نأمل من المشرع بضرورة إيجاد نص قانوني يتضمن الإشارة إلى هذا النوع من الشكلية في العقود تكون الفيصل في حسم أي خلاف قد ينشأ نتيجة التشبيه الذي يساوي تلك، بالأشكال التي يقتضيها المشرع، وبالتالي اعتبار البطلان أو عدم النفاذ جزاءً لعدم مراعاتها من قبل أحد الأطراف.

كما نقترح على المشرع في هذا المقام إسباغ قدر أكبر من الحماية على هذا النوع من الشكلية وكذا الإشكال الأخرى وذلك بتطبيق نظام التوثيق العدلي الإلكتروني بحيث تقوم دوائر كتاب العدل بتقديم خدمات الكاتب العدل الإلكتروني من خلال ربط دوائر كتاب العدل في المحافظات بشبكة داخلية، وكذلك الحال بالنسبة لدوائر التسجيل العقاري إذ يتم ربطها بشبكة داخلية، شريطة أن يتم توفير البنية التحتية التشريعية والتقنية اللازمة لذلك استرشداً بالتجربة الفرنسية في هذا المجال، لإنشاء كافة التصرفات القانونية عبر شبكة الانترنيت باستخدام نظام الكاتب العدل الالكتروني.

وهنا أتذكر ما قاله العماد الأصفهاني: ((إني رأيت أنه لا يكتب أحداً كتاباً في يومه إلا قال في غدهِ لو غير هذا لكان أحسن، ولو زيد هذا لكان يستحسن، ولو قدم هذا لكان أجمل، وهذا من أعظم العبر ... وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر)).

المصادر

- **المراجع العربية**

أولا: كتب اللغة العربية :

١- جمال الدين محمد بن مكرم الانصاري المعروف بأبن منظور، لسان العرب، المؤسسة المصرية العامة للتأليف والأنباء والنشر، الدار المصرية للتأليف والترجمة، حرف الشين، مادة (شكل).

٢- لويس معلوف، المنجد في اللغة والإعلام، ط١٧، المطبعة الكاثوليكية، بيروت، ١٩٧٣.

٣- مجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز مادة (شكل)، مطابع الهيئة لشؤون المطابع الأميرية، بدون سنة طبع.

ثانياً: المراجع القانونية :

٤- د. أكثم الخولي، العقود المدنية، مطبعة نهضة، القاهرة، ١٩٥٧.

٥- د. أنور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٠.

٦- د. باسم محمد صالح، القانون التجاري، القسم الأول، النظرية العامة –التاجر– العقود التجارية، العمليات المصرفية – القطاع الاشتراكي، مطبعة العاتك، القاهرة، طبعة جديدة، ١٤٣٠هـ-٢٠٠٩م.

٧- د. جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٥٦.

٨- جاك غستان، المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد وآثاره، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بدون سنة نشر، بدون مكان طبع.

٩- المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط١، ٢٠٠٠.

١٠- د. وليم سليمان قلادة، التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري، المطبعة التجارية، القاهرة، ط١، ١٩٥٥.

١١- د. زهير عباس كريم، مبادئ القانون التجاري، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٥.

١٢- د. مصطفى حامد، الملكية العقارية في العراق، ج٢، بدون دار نشر، بدون سنة طبع.

١٣- د. محمود جمال الدين زكي، العقود المسماة، دار الكتاب العربي، مصر، ١٩٦٠.

١٤- الوسيط في شرح القانون المدني، ج٥، العقود التي ترد على الملكية والهبة والشركة والقرض والدخل النائم والصلح، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩.

١٥- د. مصطفى كمال طه، مبادئ القانون البحري، الدار الجامعية، مصر، ط٣، ١٩٦١.

١٦- د. منصور مصطفى منصور، التامينات العينية، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٦٣.

١٧- د. محمد حسني عباس، الوجيز في النظرية العامة للقانون التجاري، بدون دار نشر، الإسكندرية، ١٩٦٩.

١٨- د. مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١، ج١، مطبعة الإرشاد، بغداد، ١٩٧٣.

١٩- د. محمد وحيد الدين سوار، الشكل في الفقه الإسلامي، منشورات معهد الإدارة العامة، الرياض، السعودية، ١٩٨٥.

٢٠- د. معوض عبد التواب، السجل العيني علماً وعملاً، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٩.

٢١- د. مصطفى محمد جمال، السعي إلى التعاقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط١، ٢٠٠٢.

٢٢- د. محمد علي عبده، دور الشكل في العقود، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٧.

٢٣- الأستاذ محمد طه البشير ود. غني حسون طنهن الحقوق العينية، الحقوق العينية الأصلية – الحقوق العينية التبعية، ج٢، شركة العاتك لصناعةا لكتاب، القاهرة، ط٤، ٢٠١٠.

٢٤- د. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٧.

٢٥- نذير بن عمو، العقود الخاصة – البيع والمعاوضة، مركز النشر الجامعي، تونس، ط١، ٢٠٠٨.

٢٦- د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشاة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٦.

٢٧- عبد المجيد الحكيم، الوجيز في شرح القانون المدني العراقي، ج١، مصادر الالتزام، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٣.

٢٨- دراسة في قانون التسجيل العقاري العراقي مع المقارنة بقوانين البلاد العربية للتربية والثقافة والعلوم، بدون دار نشر، ١٩٧٣.

٢٩- د. عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزامات، ج١، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٦٨.

٣٠- د. علي البارودي، مبادئ القانون البحري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٥.

٣١- عبد الحميد الشواربي، إجراءات الشهر العقاري في ضوء القضاء والفقه، دار المطبوعات الجامعية، إسكندرية، ١٩٨٦.

٣٢- د. عبد الحي الحجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، م١، ج١، مصادر الالتزام، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٨.

٣٣- د. عصمت عبد المجيد، شرح قانون الإثبات، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٩.
٣٤- الأستاذ عبد الباقي البكري والأستاذ زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، شركة العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، الطبعة الثانية، ٢٠١٠.
٣٥- د. عبد الرشيد عبد الحافظ، التصرف القانوني الشكلي في الفقه الإسلامي والقانون، النسر الذهبي للطباعة والنشر، القاهرة، ٢٠٠٠.
٣٦- د. عزيز كاظم جبر الخفاجي، الشكلية في التصرفات القانونية، مجموعة محاضرات غير مطبوعة القيت على طلبة مرحلة الماجستير في جامعة بابل للعام الدراسي ٢٠٠١-٢٠٠٢.
٣٧- عبد العزيز الحساني، قواعد التسجيل العقاري في القانون العربي الموحد، مطبعة الكتاب، بغداد، ٢٠١٢.
٣٨- عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، مصر، ١٩٧٣.
٣٩- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، م١، ج٢، ج٨، ج١٠، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩.
٤٠- د. خليل أحمد حسن، قدادة الوجيز في شرح القانون المدني، ج١، مصادر الالتزام، بدون دار نشر، ٢٠٠٥.

ثالثاً: الرسائل العلمية :

١- د. جميل الشرقاوي، نظرية بطلان القانوني في القانون المدني، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٥٦.
٢- د. حسين عبد القادر معروف، فكرة الشكلية وتطبيقاتها في العقود، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٤.
٣- د. ياسر كامل الصيرفي، التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني المعاصر، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٢.

٤- د. محمد جمال عطية، الشكلية القانونية، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، ١٩٩٣.

٥- د. سهام عبد الرزاق، فكرة رهن المنقول دون حيازة والحماية القانونية له، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، لسنة ٢٠٠٠.

٦- د. صبري حمد خاصر، الغير عن العقد دراسة مقارنة في القانونين الفرنسي والعراقي، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٢.

٧- د. قاسم عبد الحميد، مسؤولية المرتهن التجاري بين الشريعة والقانون، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة أسيوط.

رابعاً: البحوث والمقالات والدوريات:

١- أنواع العقود الإدارية، بحث منشور على الموقع الإلكتروني :
Contadmin forumaroc,not.`57 168.topic. in 24/7/2017.

٢- د. وسن قاسم غني، الشكلية الاتفاقية في العقود، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، م٣، ع١، ٢٠١١.

٣- الأستاذ محمد زحزاح والأستاذ يوسف يحياوي، الشكلية العلنية كصورة من صور الشكلية غير المباشرة وأثرها على نفاذ العقد، بحث منشور في مجلة الندوة للدراسات القانونية، ع٦، ٢٠١٥.

٤- القاضي، محمد عبد طعيس، أحكام العلامة التجارية، مقال منشور على موقع مجلس القضاء الأعلى، السلطة القضائية الاتحادية.
http://www.iraqja-iq/view.668. In 1/12/2017.

٥- د. علي البارودي، حول المنقولات الطبيعة الخاصة، بحث منشور في مجلة الحقوق السنة (١٠)، العددان (٣، ٤).

٦- د. علي فيلالي، الشكلية في العقود، مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ع٣، لسنة ١٩٦٦.

٧- الشهر العقاري في ضوء القضاء الجزائري، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية والاقتصادية، ج٤٢، السنة ٢٠٠٠.

٨- د. علي عبد العالي خشان الأسدي، النظام القانوني للشكل في قانون المرور، بحث منشور في مجلة جامعة بابل، العلوم السياسية، المجلد ١٤، العدد ٢، ٢٠٠٧.
٩- النشرة القضائية، العدد الرابع، السنة الرابعة.
١٠- قضاء محكمة التمييز، م٦، دار الحرية للطباعة، مطبعة الحكومة، بغداد، بدون سنة طبع.

خامساً: القوانين :

١- قانون الإثبات المصري في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨.
٢- قانون الإثبات العراقي المعدل رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩.
٣- الأمر ٦/٣ المؤرخ في ١٩/يوليو/٢٠٠٣ جزائري المتعلق بالعلامات.
٤- قانون الطيران المدني العراقي رقم ١٤٨ لسنة ١٩٧٤.
٥- قانون الكتاب العدول رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٨.
٦- قانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.
٧- قانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
٨- قانون المرور العراقي رقم ٤٨ لسنة ١٩٧١.
٩- المرسوم ٦٣/٧٦ المؤرخ في ١٩٧٦/٣/٢٥ المتضمن تأسيس السجل العقاري.
١٠- المرسوم رقم ٢٥/٩٠ المؤرخ في ١٩٩٠/١١/١٨ المتضمن التوجيه العقاري.
١١- قانون الموانئ العراقي رقم ٢١ لسنة ١٩٩٥.
١٢- قانون العلامات والبيانات التجارية رقم ٢١ لسنة ١٩٥٧ المعدل بموجب أمر سلطة الاتلاف المنحل رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٤.
١٣- قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١.
١٤- قانون التامين الإلزامي من حوادث السيارات رقم ٢ لسنة ١٩٨٠.
١٥- قانون التجارة اللبناني الصادر بالمرسوم الاشتراكي رقم ٣٠٤ لسنة ١٩٤٢.
١٦- قانون التجارة الأردني رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦.

١٧- قانون التجارة العراقي الملغى رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠.
١٨- قانون التجارة العراقي النافذ رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤.
١٩- قانون التجارة المصري رقم ٣٤ لسنة ١٩٧٦ .
٢٠- قانون التجارة الجزائري الصادر بالأمر رقم ٥٩/٧٥ لسنة ١٩٧٥.
٢١- قانون التجارة الكويتي رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠.
٢٢- قانون التجارة البحرية المصري رقم ٨ لسنة ١٩٩٠.
٢٣- قانون التجارة اليمني رقم ٣٢ لسنة ١٩٩١.
٢٤- قانون التجارة المغربي رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٦.
٢٥- قانون التجارة السوري المعدل رقم ٣٣ لسنة ٢٠٠٧.
٢٦- قانون تنظيم أعمال التأمين العراقي رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٥.

- **المراجع باللغة الفرنسية Bibliographie** :

1- Du Civil Dode Francais, 1804.
2- Abdalla (Fathi Abdel-Rahim) Aspects nouveaux du formalisme dans les Contrats civil, le caire, 1974.

المـلخـص:

إن معظم التشريعات لطالما تصبو إلى تأمين استقرار المعاملات وحفظ الحقوق الناشئة عنها ومنع أنكارها أو محاولة الغش والتدليس والتحايل فيها، الأمر الذي يؤدي إلى ضياع هذه الحقوق والأموال فضلاً عن نشوء المنازعات لإثباتها، وبالتالي يتعذر الوصول إلى حفظ هذه الحقوق إلا بجعل التصرفات المثبتة لها تصرفات علنية بحيث لا يمكن إنكارها فيما بعد .

وتعد الشكلية العلنية في كثير من الأحيان شكلية غير مباشرة يستلزمها المشرع لنفاذ العقود أو لإنتاج أثارها على نحو معين وهذا ما سنتولى إيضاحه في مبحثين تفرد أولهما للكلام في ماهية الشكلية أما الثاني فنعرج من خلاله على الأثار التي تترتب على قيام الشكلية العلنية غير المباشرة على نفاذ العقد .

ABSTRACT :

Most legislations have always sought to secure the stability of transactions, to preserve the rights arising therefrom, to prevent their denial or to attempt fraud, fraud and fraud, resulting in the loss of these rights and funds as well as the emergence of disputes to prove them. So that it can not be denied later.

Public formalism is often an indirect formality required by the legislator to enter into contracts or to produce their effects in a certain way. This is what we will explain in two parts, the first of which is to explain terms of formality, while the second is to overlook the effects of indirect public formalism on the effectiveness of the contract .